RAFAEL ROJINA VILLEGAS

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL EN LA UNAM, MINISTRO
DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

COMPENDIO DE DERECHO CIVIL III

TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

VIGÉSIMA PRIMERA EDICIÓN

EDICIÓN CONCORDADA CON LA LEGISLACIÓN VIGENTE
POR LA LIC. ADRIANA ROJINA GARCÍA

EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15
MÉXICO, 1998

Primera edición, 1962

Derechos reservados © 1998, por
Rafael ROJINA VILLEGAS
Fuego 832, Jardines del Pedregal
México, D. F.

Las características de esta edición son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, S. A. de C. V. — 2
Av. República Argentina, 15, 06020 México, D. F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 970-07-1444-6

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

PRIMERA PARTE

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

CAPITULO I

La Obligación

1.—*Definición.*—Tradicionalmente se ha definido la obligación como un vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo en favor de otra persona, llamada acreedor.

Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, traduc. de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, t. IV, págs. 3 y 4.

En las Institutas de Justiniano se caracteriza a la obligación como un vínculo jurídico que constriñe a una persona a pagar alguna cosa, según las leyes de la ciudad. "Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura". Es decir, la obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad de pagar alguna cosa conforme a las leyes de nuestra ciudad.

Paulo precisa el objeto de la obligación, indicándonos que puede consistir en dar, hacer o no hacer.

Dig. XLIV, tít. 7, ley 3, pr.: "Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum (aut servitutem nostram) faciat, sed ut alium nobis obstringat at dandum aliquid, vel faciendum, vel prestandum." Es decir: "La esencia de la obligación no consiste en convertir algo en cosa o servidumbre nuestra; sino en compeler a otro para darnos, hacernos o prestarnos algo".

Luis de Gásperi, Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945, v. I, pág. 69.

Las definiciones modernas sobre la obligación han partido del concepto romano, pero substituyendo el término vínculo jurídico, por el de relación jurídica. Hay una gran variedad de definiciones en donde encontramos siempre como elementos constantes, primero: la relación jurídica entre acreedor y deudor y, segundo, el objeto de esta relación jurídica, consiste en dar, hacer o no hacer. Existe bien la tendencia a dividir el objeto de la obligación distinguiendo entre dar, hacer, no hacer o pagar una suma de dinero, o bien, la idea contraria, como en Planiol, para simplificar el objeto reduciéndolo a una prestación positiva o negativa. La prestación positiva comprende cosas o hechos, y la prestación negativa se refiere a las abstenciones. También en las distintas definiciones de la obligación encontramos la referencia a los sujetos, unas exigiendo su determinación, otras admitiendo que los sujetos pueden ser indeterminados al constituirse el vínculo jurídico, para determinarse posteriormente, al exigirse el derecho o al cumplirse la obligación. Finalmente, en las definiciones sobre obligación encontramos la tendencia llamada patrimonial que considera que el objeto debe ser siempre valorizable en dinero: la prestación positiva o negativa, para que pueda ser objeto de una obligación jurídica, según esa tendencia, debe ser estimable pecuniariamente, tal es la actitud de la escuela de la exégesis en Francia, representada principalmente por Aubry y Rau y Baudry-Lacantinerie.

Para Aubry y Rau, Cours de Droit Civil Français, 5a. ed., t. IV, pág. 320, París, 1902, la obligación se define como la necesidad jurídica por cuya virtud una persona se haya constreñida, con relación a otra, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa (No. 296 pág. 3). Semejante es el concepto de Planiol para quien la obligación es un vínculo de derecho por virtud del cual una persona se encuentra constreñida hacia otra, a hacer o no hacer alguna cosa. (Tratado Elemental de Derecho Civil, traduc. Cajica Jr., Puebla, t. IV [Obligaciones], pág. 118).

La posición opuesta considera que no es de la esencia de la prestación o de la abstención, ser valorizables en dinero; que esto es lo que ocurre, desde luego, en todas las obligaciones de dar, que siempre son valorizables pecuniariamente, per que en las obligaciones de hacer o de no hacer, existen prestaciones o abstenciones patrimoniales o bien, prestaciones y abstenciones de carácter moral o espiritual. Basta con que impliquen una satisfacción para el acreedor a efecto de que éste tenga interés jurídico en exigir el hecho o la abstención. Esta ha sido la teoría de Rodolfo Ihering, aceptada en nuestro concepto por el Código Civil en

vigor, al suprimir el requisito que en el ordenamiento anterior, siguiendo a la doctrina clásica francesa, exigía que la prestación o la abstención fuesen valorizables en dinero. El Código anterior consideraba legalmente imposible el objeto del contrato o de la obligación, si no podía reducirse a un valor exigible, es decir, se sancionaban propiamente con la inexistencia el contrato o la obligación cuyos objetos no fuesen valorizables en dinero. El actual Código, al suprimir esta disposición esencialísima, supuesto que se refería nada menos que a la existencia misma del contrato o de la obligación, se adhirió a la teoría de Ihering, que sistemáticamente venía combatiendo la posición patrimonial sustentada por la escuela de la exégesis y aceptada en el Código Civil francés. Dada la importancia de este problema, nos ocuparemos ampliamente de él en párrafo por separado.

Ihering, Oeuvres Choisies.

De todo el conjunto de definiciones podemos destacar los elementos constantes y prescindir de aquellos que, o bien son objeto de polémica, como el carácter patrimonial o no patrimonial de la prestación, o tienen simplemente un valor secundario, a efecto de que no queden mencionados en una definición. Podríamos decir que los tratadistas modernos definen la obligación *como una relación jurídica por virtud de la cual un sujeto llamado acreedor, está facultado para exigir de otro sujeto denominado deudor, una prestación o una abstención.* Este concepto no prejuzga respecto a la determinación o indeterminación de los sujetos, punto de polémica que será materia de un análisis aparte; tampoco se exige que el objeto de la obligación sea patrimonial. Se afirma simplemente que el acreedor está facultado para exigir al deudor una prestación o una abstención.

Bonnecase en su Précis de Droit Civil nos dice que el derecho de crédito es una relación de derecho en virtud de la cual el valor económico, o puramente social de una persona, es puesto a disposición de otra bajo la forma positiva de una prestación por suministrar, o negativa de una abstención por observar. Aquí ya acepta que la prestación puede ser de valor económico, o simplemente social.

En Demogue se acepta que la prestación pueda ser pecuniaria o simplemente moral. La obligación —dice— es la situación jurídica que tiene por objeto una acción o abstención de valor económico o moral, de la cual cierta persona debe asegurar su realización.

Lévy-Ullmann presenta la característica exclusivamente patrimonial del objeto de la obligación, y se empeña en relacionarla haciéndola

figurar en el activo de la persona, si se toma en cuenta el crédito que es un valor pecuniario que figura en el mismo; o la deuda del sujeto pasivo, que es también un valor estimable en dinero que debe figurar en su pasivo. Dice Lévy-Ullmann que la obligación es la institución jurídica que expresa la situación respectiva de personas de las cuales una (llamada deudor) debe hacer beneficiar a la otra (llamada acreedor), de una prestación o de una abstención y que corresponden bajo los nombres de crédito y de deuda, al elemento particular del activo y pasivo, engendrado por esa relación en el patrimonio de los interesados.

Por último, Borja Soriano nos da una definición en la que insiste en que la prestación o abstención sean de carácter patrimonial. Dice: "Obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir al deudor". (Teoría General de las Obligaciones, México, 1939, t. I, pág. 100).

2.—*La facultad y el débito.*—La relación jurídica obligatoria origina dos facultades de orden distinto en el acreedor; *facultad de recibir u obtener y facultad de exigir.* A su vez del débito u obligación impone dos situaciones jurídicas diversas: *el deber jurídico del deudor y la responsabilidad patrimonial para el caso de incumplimiento, en el deudor o en tercera persona.* Eduardo B. Busso, Código Civil Anotado, Buenos Aires, 1949, t. III, pág. 16, trata de este último aspecto. La facultad de recibir u obtener en el acreedor, es bien distinta de la facultad de exigir. Puede existir relación jurídica por la simple facultad de obtener, aun cuando no haya facultad de exigir. Tal es el caso de las obligaciones naturales en las que el acreedor puede recibir el pago pero no exigirlo mediante la acción en juicio. Este análisis demuestra que la protección jurídica al derecho subjetivo del acreedor, puede ser absoluta o total cuando tiene la doble facultad de obtener y exigir, o bien, puede ser relativa y parcial, cuando sólo tiene la facultad de recibir el pago, pero no de exigirlo. En ambos casos existe una relación jurídica en sentido técnico y específico. Por lo tanto, no es característica esencial de dicha relación que exista la nota coactiva; es decir, que el aparato coactivo del Estado, como diría Kelsen, intervenga mediante la *actio,* para la ejecución forzada, bastando para la existencia del derecho en el acreedor, que haya un deber en el deudor reconocido y protegido por la norma jurídica, de tal manera que el cumplimiento voluntario de la prestación tenga validez y el acreedor pueda y deba recibir y retener lo pagado, sin que exista, por consiguiente, un derecho en el deudor para exigir la restitución.

En las obligaciones naturales, no se podría explicar su carácter de relaciones jurídicas si no fuera porque el derecho protege el interés del acreedor para recibir y retener lo pagado, aun cuando no protege dicho interés, como facultad de exigir mediante la acción en juicio. Este criterio nos permite diferenciar la relación jurídica, de la relación moral y social. En efecto, en las relaciones morales y sociales no existe el débito o deuda, correlativo de la facultad de obtener en el sujeto activo. Es decir, el deber jurídico de prestar que en sí es independiente del deber acompañado de coacción, para el caso de incumplimiento. En las obligaciones naturales, existe la relación jurídica, en virtud de que existe el débito y, por consiguiente, el deber jurídico de prestar, con la facultad de recibir u obtener en el acreedor. En cambio, en las relaciones morales o sociales no se encuentran esos elementos. Desde este punto de vista debe hacerse la distinción y no como lo hacen Gierke y Kohler, o Kelsen, merced a la coacción, criterio inexacto, en virtud de que existen relaciones jurídicas sin coacción y el problema, por consiguiente, debe ser el de diferenciarlas de las relaciones morales o sociales.

El derecho subjetivo presenta las siguientes manifestaciones como *poder jurídico de actuar, para*: a).—Crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones, derechos o situaciones jurídicas; b).—Aprovechar total o parcialmente un bien propio o ajeno; c).—Exigir u obtener un cierto acto positivo o negativo de conducta ajena; d).—Intervenir en la organización del Estado, en la elaboración y aplicación del derecho objetivo; e).—Provocar la intervención coactiva del Estado para obtener la pena o ejecución forzada, o la declaración respecto a la existencia de un derecho, o de un acto jurídico, así como a la validez o nulidad del mismo; f).—Desarrollar o no desarrollar libremente la actividad física, moral o intelectual, o ejercer o no ejercer alguno de los derechos mencionados.

La teoría general de las obligaciones, se ocupa exclusivamente de las dos formas del derecho subjetivo mencionadas en los incisos a) y c). Es decir, tiene por objeto estudiar el poder jurídico del sujeto consistente en crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones, derechos y situaciones jurídicas. Para el estudio de esta primera forma, trata de las fuentes de las obligaciones, como formas de creación de las mismas; de la transmisión de dichas obligaciones, reglamentando la cesión de derechos, la cesión de deudas y la subrogación; y de la extinción de las mismas, ocupándose de la novación, compensación, remisión, confusión, prescripción liberatoria, nulidad y rescisión.

También la teoría general de las obligaciones se ocupa de la otra forma ya mencionada del derecho subjetivo, consistente en la facultad de un sujeto activo, llamado acreedor, para exigir u obtener una prestación o abstención, de un sujeto pasivo, llamado deudor.

3.—*Débito y responsabilidad patrimonial.*—Contemplando el lado pasivo de la relación jurídica, encontramos también como elementos independientes entre sí, *el deber jurídico* del deudor y la *responsabilidad patrimonial* para el caso de incumplimiento, en el deudor o en tercera persona. Es interesante comprobar que el *deber* y la *responsabilidad patrimonial,* no son elementos correlativos necesarios, indisolublemente ligados. Puede existir el deber jurídico sin responsabilidad patrimonial y ésta, sin aquél.

A. von Tuhr, Tratado de las Obligaciones, Traduc. de W. Roces, Madrid, Editorial Reus, S. A., Tomo I, págs. 10 a 12.

Messineo, ob. cit., t. IV, págs. 11 y 12.

En las obligaciones naturales tenemos un caso de deber jurídico sin responsabilidad patrimonial, en virtud de que el acreedor no puede ejecutar sobre el patrimonio de su deudor, ya que le está negada la acción en juicio para el caso de incumplimiento. En las obligaciones para garantizar deudas futuras, bien sea con fianza, prenda o hipoteca, tenemos casos de *responsabilidad patrimonial,* sin que exista aún el deber jurídico del deudor. Efectivamente, cuando se garantiza el manejo del tutor, del síndico, del albacea o en general de cualquier administrador de bienes ajenos, antes de que existan obligaciones en el deudor, en el período previo a la administración, existe ya la posible responsabilidad del fiador, o de aquél que constituyó la prenda o hipoteca. Además, esto nos demuestra que el deber jurídico siempre es inherente a la persona del deudor, en tanto que la responsabilidad patrimonial puede afectar a dicho sujeto pasivo, o a un tercero.

4.—*Elementos de la obligación.*—Desde luego, aceptamos que el elemento subjetivo y el objetivo son constantes y necesarios en toda obligación, pero además, se debe tomar en cuenta el proceso genético, es decir, los supuestos de la misma, que deben analizarse para que podamos determinar cómo se constituye el deber jurídico.

Partiendo, por consiguiente, de dos elementos: el subjetivo y el objetivo, haremos el análisis de los mismos.

a).—*Sujetos.*—El elemento subjetivo es imprescindible en la obligación, por cuanto que toda obligación es deber jurídico de alguien, y todo deber supone correlativamente una facultad que se presentará como derecho de un sujeto. Parece innecesario insistir en que los sujetos son elementos de la relación y también de la obligación. Lógicamente los sujetos son más bien elementos de la relación, pero la obligación en sí misma, como deber jurídico no podría explicarse mencionando sólo al deudor o sujeto pasivo, porque la noción de deber es correlativa de la noción de facultad, y es así como hacemos intervenir al pretensor, como sujeto activo en la obligación, quien exigirá la conducta regulada como prestación o como abstención.

Ha habido una teoría que pretende despersonalizar la obligación y demostrar que los sujetos ya no son elementos esenciales y, por lo tanto, imprescindibles de la obligación. Esta teoría que parte de Gaudemet en Francia, después es desarrollada por Gazín y Jallu. (Véase el t. II). Se trata de una posición definitivamente rechazada en la doctrina, que sólo mencionaremos para criticar los argumentos en que se funda.

Gaudemet parte del hecho de que la obligación moderna permite el cambio de acreedor o de deudor; en tanto que conforme al derecho romano no lo toleraba, persistiendo la misma obligación, pues nacía otra cuando había un cambio de los sujetos es decir, se operaba una novación. Si en la actualidad, dice Gaudemet y, especialmente, a partir del Código Civil alemán, no sólo se puede cambiar el acreedor, sino también el deudor, como lo reconoce ese Código, como se acepta en el suizo y en el nuestro vigente, sin que haya novación, quiere decir que los sujetos ya no son esenciales en la obligación.

Gazín y Jallu llegaron al extremo de decir que la obligación se había despersonalizado; que lo que interesa en la obligación no es el sujeto pasivo, sino el patrimonio responsable. El error es evidente, una cosa muy distinta es que el sujeto pasivo o el activo puedan ser substituidos y otra que la obligación pueda existir sin sujeto activo o pasivo. Precisamente al admitirse la substitución, se está demostrando que no puede haber un instante sin que el acreedor o deudor originarios sean inmediatamente reemplazados por el substituto.

Si los códigos y la doctrina admitiesen la posibilidad de que la obligación subsistiera desapareciendo el acreedor o el deudor, entonces tendrían razón Gaudemet, Gazín y Jallu; pero la idea de substitución justamente está demostrando que no es esencial que un sujeto determinado sea el que funja como acreedor o como deudor, pero que sí es imprescindible que haya un sujeto activo o pasivo como ocurre con los

papeles que desempeñan los actores en la escena: puede el papel desarrollarse por A o por B, pero alguien debe representar ese papel.

Respecto a este elemento subjetivo se plantea el problema relativo a la determinación o indeterminación de los sujetos. Existe toda una tendencia en el derecho civil para considerar que engendrando la obligación un derecho relativo, los sujetos deben ser determinados; pero se ha reconocido que esta determinación no es esencial en el momento en que nace la obligación jurídica, pues puede constituirse una obligación en favor de un acreedor indeterminado. Principalmente las formas de declaración unilateral de voluntad permiten a un sujeto obligarse frente a un acreedor indeterminado. Por ejemplo, se hace una promesa pública de venta, obligándose el promitente a sostener el precio. Aquí tenemos ya una obligación, no se puede cambiar el precio dentro del plazo señalado en la promesa. No hay un acreedor determinado, se determinará hasta que alguien acepte la promesa de venta y se presente a adquirir la cosa en el precio señalado. Pues bien, a pesar de que no tenemos un acreedor determinado hay ya obligación. El promitente no puede cambiar el precio, bastará, por consiguiente, que el sujeto activo se determine en el momento de hacer exigible la obligación. La promesa de recompensa que se hace públicamente, constituye idéntico ejemplo. Los documentos al portador implican una obligación a cargo de quien suscribe el documento, y el titular del mismo está indeterminado, porque son justamente títulos que circulan de mano en mano y que sólo hasta el momento de cobrarlos, es decir, de hacer exigible la obligación, se determina el sujeto activo.

Luis de Gásperi, Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino, Editorial Depalma, v. I, págs. 1 a 39.

En cuanto al sujeto pasivo, parece que siempre debe ser determinado, porque toda obligación debe ser a cargo de alguien, y este alguien lógicamente debe ser definido por el derecho. Sin embargo, tenemos casos en donde la determinación del sujeto pasivo implica una cuestión posterior al nacimiento de la deuda, por ejemplo, el testador constituye a cargo del heredero un legado determinado. Este legado supongamos que es de hacer, o de pagar una suma de dinero. Está determinado ya el sujeto pasivo o sea el heredero, pero si el heredero repudia la herencia, a pesar de la repudiación subsiste el legado. El legatario no se perjudica, ni pierde su derecho, porque el heredero responsable repudie, resulte incapaz o sobrevenga una causa de caducidad de la institución hereditaria; pero entre tanto no venga un nuevo heredero a reemplazar al an-

terior, tenemos una obligación en la que el deudor no está determinado. En virtud de que el heredero testamentario repudió la herencia se llama a los herederos legítimos. Supongamos que el heredero legítimo llamado en primer término repudia y así sucesivamente los demás herederos legítimos, hasta llegar al Estado, quien ya no puede repudiar y entonces hasta ese momento quedaría determinado el sujeto pasivo de la obligación.

En otros casos tenemos las obligaciones que nacen por hecho ilícito. Cuando diferentes personas realizan un hecho ilícito, existe desde luego un crédito como facultad en la víctima para exigir la reparación del daño. Pero se puede desconocer al sujeto causante del mismo. Será menester entonces una investigación, pues tanto por cuestiones de hecho, como por problemas jurídicos, quizá no se sepa quién o quiénes fueron los causantes del daño. Viene, por lo tanto, un problema de indeterminación del sujeto pasivo y el crédito o sea el derecho de la víctima para exigir la reparación del daño, existe ya. Claro está que en definitiva tendrá que determinarse el sujeto pasivo. Por esto decimos que el sujeto activo o el sujeto pasivo pueden ser determinados o simplemente determinables en la obligación; pero siempre deberán determinarse en el momento en que se exija el derecho o se cumpla el deber jurídico, porque el hecho del ejercicio o el del cumplimiento suponen, respectivamente, un pretensor o un obligado determinados.

b).—*Objeto.*—Por último, el objeto de la obligación se caracteriza como prestación o como abstención, es decir, como forma de conducta positiva o negativa. Enunciado así este elemento objetivo no se comete el error de afirmar que son objeto de las obligaciones las cosas, cuando las prestaciones se refieren a los bienes en general.

Hemos dicho que el objeto del derecho objetivo, del derecho subjetivo y del deber jurídico, siempre tiene que ser la conducta humana. Por lo tanto, el objeto de la obligación tiene que ser conducta, pero esta conducta materia de la prestación o de la abstención puede referirse a cosas y entonces éstas serán objetos indirectos de las prestaciones de dar o de hacer, cuando los hechos, a su vez, recaigan sobre cosas; por ejemplo, contrato de obra que tiene por objeto un hecho, construir, pero habrá de referirse a la fabricación de alguna cosa mueble o inmueble. Pueden los hechos ser formas puras de conducta, sin referencia a las cosas, como ocurre generalmente en la prestación de servicios profesionales. Los servicios técnicos de un abogado que se obliga por contrato a patrocinar en un juicio, constituyen formas puras de conducta que no se refieren a una cosa. Pero los servicios técnicos de un arquitecto que se obliga a

construir un puente, son formas de conducta que tienen como referencia necesaria la cosa construida. El objeto, por consiguiente, directo de la obligación, es la conducta del deudor, bajo las formas de prestación o de abstención. Ahora, las prestaciones pueden referirse a las cosas, tanto en las obligaciones de dar como en ciertas obligaciones de hacer. Asimismo, las abstenciones pueden tener relaciones directas o indirectas con las cosas.

La última cuestión que se presenta en cuanto a este elemento objetivo de la obligación se refiere a determinar si necesariamente es patrimonial o no patrimonial. Es decir, si todo objeto de obligación como prestación o abstención debe tener un valor en dinero.

5.—*Carácter patrimonial de la prestación.*—Trataremos ahora de la doctrina que afirma que el contenido de las obligaciones puede ser patrimonial o extrapatrimonial, así como la crítica que se le ha hecho. Estimamos que las discusiones habidas principalmente obedecen a que el problema no se ha planteado correctamente. Es decir, debemos determinar qué quiere decir Ihering cuando afirma que el contenido de la obligación, la prestación misma, puede ser de carácter moral.

"Windscheid, en la nota 3 al parág. 250, de su Diritto delle Pandette y von Ihering, en su famosa monografía Del interés en los contratos y de la pretendida necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias, fueron los primeros en restar mérito al principio según el cual la prestación debe ser susceptible de una apreciación pecuniaria, principio atribuido a Gayo, que dice: ea enim in obligatione consistere, quoe pecunia lui praestarique possunt, citado por el codificador argentino en la nota al art. 1169 como fundamento doctrinal del precepto.

La verdad es que la monografía de Ihering no desvirtúa la regla según la cual el único procedimiento admitido por el derecho de las obligaciones para proteger y sancionar aun los intereses no pecuniarios consiste en valuarlos o apreciarlos en dinero. El estudio de Ihering sólo prueba que hay prestaciones convencionales "efectivas aunque no aparentemente remuneradas". (Luis de Gásperi, ob. cit., v. I, págs. 59 a 61).

Roberto de Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, traduc. de la 4a. ed. italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Madrid, Editorial Reus, S. A., 1931. Vol. II, págs. 13 a 15.

Ahora bien, lo que en síntesis se desprende de la tesis de Ihering, es que el deber jurídico del deudor puede ser patrimonial en sí, o de carácter moral. No se trata de saber si la contraprestación en las obligaciones bilaterales tiene o no carácter patrimonial, para decir: el deudor se obliga por una suma de dinero que a cambio va a recibir, y si es cierto que ejecuta un hecho no patrimonial, una prestación de carácter

moral, va a recibir una compensación en dinero, porque esto, aunque es cierto, no desvirtúa la prestación del deudor que es independiente del pago que recibe.

También se hace la crítica en el caso de incumplimiento, para decir: si el deudor no cumple la prestación de carácter moral, se le condenará a una suma de dinero; y tenemos aquí resuelta, por equivalente, la patrimonialidad de su prestación. Esto que también es cierto, no ataca a la tesis, porque lógicamente nos obliga a decir que cuando el deudor cumple, cuando no hay una condena en dinero como sanción a su incumplimiento, hubo entonces una prestación moral protegida por el derecho.

Este problema no tiene en el derecho positivo una solución expresa, hay, sin embargo, preceptos que podrían fundarla. La libertad de contratación absoluta es uno de ellos, para que el deudor, siempre y cuando ejecute un hecho posible y lícito, sea obligado y compelido por la norma jurídica. Existe al respecto el sistema llamado de la autonomía de la voluntad en los contratos. Este sistema jurídico reconocido por los códigos, permite a las partes contratar libremente, siempre y cuando el objeto de la prestación sea lícito y posible. Con estos requisitos, la teoría llamada de la autonomía de la voluntad admite que, en la figura jurídica contrato, las partes sean libres para crear prestaciones en diverso orden.

Aplicando esta teoría de la autonomía de la voluntad, podríamos llegar a considerar que el derecho protege todo deber que en un contrato se origine cuando éste tenga un valor moral y sea de interés jurídico para el acreedor.

Dentro de la teoría de Ihering, se considera que hay un interés jurídicamente protegido, cuando el derecho eleva determinados valores patrimoniales o espirituales a un rango especial, de tal manera que son digno de alcanzar esa garantía o protección.

Ihering afirma que a propósito del derecho de crédito, la norma protege valores patrimoniales y espirituales del acreedor, porque basta que haya interés digno de protección no sólo en sentido económico, sino también cuando implica la satisfacción de una necesidad espiritual o de orden moral. Según Ihering, este criterio no es objetivo y universal; es decir, no es común a todos los derechos ni en todas las épocas y lugares. Depende de la época, del lugar y del sistema filosófico-jurídico que impere en una legislación. Pero sí es indiscutible, diría Ihering, que en todo tiempo y lugar se protegen ciertos valores espirituales del acreedor; es decir, no sólo se tutela el derecho subjetivo que nace del deber de prestar, que tenga un valor en dinero. En último análisis, el dinero o la moneda como denominador común de los valores patrimoniales, sólo

sirve para satisfacer una necesidad en el hombre, y éste puede tener necesidades de carácter espiritual que interesen tanto o más que las de carácter patrimonial. Y de esta manera el enfermo que ha convenido con el médico en forma gratuita u onerosa, que se le atienda debidamente, tiene un interés jurídicamente protegido, aunque sean valores de carácter extrapatrimonial la salud y la vida que el médico debe cuidar en el paciente, quien se hace acreedor de una prestación.

De esta manera nos explicamos infinidad de contratos en los que el acreedor persigue un interés espiritual. Generalmente en las prestaciones de hechos, pueden éstos referirse a necesidades materiales o espirituales. Como sería, siguiendo a Ihering, el caso de la banda de música que se obliga a deleitar al acreedor. Existe un interés de valor espiritual, protegido por el derecho objetivo. De aquí se deduce entonces que el acreedor tendrá acción en juicio; que no será simplemente un interés parcialmente protegido, y que en el caso de incumplimiento resulte ineficaz, porque la protección sólo la extienda el derecho al caso normal del cumplimiento.

6.—*La doctrina de Ihering aplicada a nuestro derecho.*—En nuestro derecho positivo encontramos ejemplos constantes, tanto en el público como en el privado, de que la ley protege interés patrimoniales y de carácter moral o espiritual. Todo el conjunto de derechos públicos subjetivos es, indudablemente un conjunto de intereses morales que reciben protección jurídica. Es decir, se cumple la definición de Ihering de que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido. El derecho público subjetivo más que un interés patrimonial jurídicamente protegido, en la mayoría de los casos, se presenta como un interés espiritual; de otra manera no podríamos explicarnos la libertad de pensamiento, de expresión, de religión; es decir, todos aquellos aspectos en que el derecho protege no sólo ese libre desarrollo de la actividad física, sino sobre todo, moral y espiritual. Protege también en los derechos públicos, la actividad física, a través de la libertad de tránsito, de reunión, de asociación. Consagra la inviolabilidad del hogar, la libertad personal, el derecho a la vida, la integridad de la persona, organizando una doble protección, de carácter físico y moral.

Pero sí es indiscutible que en los derechos públicos subjetivos los valores morales del individuo tienen una garantía jurídica, en el derecho privado, que es el que nos interesa, se presenta el problema de saber si nuestra legislación ha protegido, en las relaciones del acreedor con el deudor, intereses extrapatrimoniales. En los Códigos Civiles de 1870 y 1884, la solución se presenta a favor de la protección de intereses pa-

trimoniales. En el artículo 1306 del Código de 1884 se dice que son legalmente imposibles las cosas o actos que no pueden reducirse a un valor exigible. Este artículo nos dice cuándo es imposible el objeto de la obligación o del contrato. Es decir, de plano se consideró en el Código de 1884 que no puede ser materia de contrato aquella cosa o acto que so se pueda reducir a un valor exigible. No dice a un "valor pecuniario"; pero dice "valor exigible" y los valores morales, en el caso de incumplimiento del deudor, no podrían ser exigibles, para alcanzar la satisfacción espiritual requerida por el acreedor.

Llegamos a la conclusión de que, dentro del Código anterior, sólo cuando el valor era exigible en juicio, la obligación era jurídicamente posible. Cuando el valor no es exigible en juicio como tal, se presenta el problema de saber si no hay obligación, porque ésta tenga un objeto imposible, o si la ley admite la obligación, permitiendo que exista un valor equivalente. Por ejemplo: si el músico se obliga a deleitar el oído de su acreedor y no cumple su obligación, el acreedor no podrá exigirle en juicio que le dé esa satisfacción en la forma exacta que se haya convenido. No será, por consiguiente, un valor exigible, el hecho que se obligó a prestar el músico; o si el cirujano se obliga a hacer una operación, el acreedor no podrá exigirle coactivamente que preste aquel hecho de carácter no patrimonial. Partimos de la hipótesis de que el obligado se resiste y de que por lo tanto no podrá hacerse coacción sobre su persona, lo que motivará la ejecución por equivalente en dinero.

Por consiguiente, dentro del Código de 1884, tanto por el artículo 1306 y por la reglamentación que se hizo a propósito de las obligaciones nacidas de actos ilícitos, se admitió más bien la doctrina de que la obligación debe de tener un interés pecuniario. Es decir, que la prestación o abstención del deudor para ser exigibles, deben ser de carácter patrimonial. En las obligaciones nacidas de actos ilícitos, el Código de 1884, en relación con el Código Penal, no impusieron la reparación moral. Además del perjuicio pecuniario que sufra la víctima, puede existir un perjuicio moral y no obstante, sólo podía exigir la reparación del daño patrimonial; por excepción se reguló para los delitos contra el honor: injuria, difamación y calumnia, una especie de satisfacción moral para rehabilitar el honor o prestigio de la víctima, mediante una publicación en los periódicos de la sentencia condenatoria. Fuera de estos casos en que había una reparación de carácter moral, que protegía el interés del acreedor, el acto ilícito no daba acción a la víctima para exigir la reparación del daño moral.

El Código vigente se orienta, en nuestro concepto, dentro de la tesis de Ihering: de que el interés que protege el derecho en favor del acreedor, puede ser patrimonial o no patrimonial y, por consiguiente, el deudor puede obligarse a prestaciones que no tengan un valor exigible en dinero, y que dentro de la garantía que presta el derecho para el cumplimiento de estas prestaciones, busca la mejor forma de satisfacer el interés del acreedor. Desde luego, el artículo 1306 del Código de 1884, se modifica en el Código vigente y se suprime expresamente el principio de que: "son legalmente imposibles las cosas o actos que no se pueden reducir a un valor exigible". Por consiguiente, se demuestra la intención del legislador de considerar como obligaciones posibles, aquellas en que las cosas o actos tengan un valor moral o espiritual.

Borja Soriano (Teoría General de las Obligaciones, México, 1939, t. I, págs. 104 y 105), opina que: "Ha sido y es aún muy discutido el problema de si el objeto de la obligación debe ser susceptible de evaluación pecuniaria. El Código de 1884 refiriéndose al objeto de las obligaciones contractuales exige que pueda reducirse a un valor exigible (art. 1306, II). El artículo 241 del Código alemán dice: "En virtud de la relación de obligación, el acreedor tiene el derecho de exigir del deudor una prestación. La prestación puede consistir igualmente en una abstención". Como se ve en este artículo no se hace alusión al valor pecuniario de la obligación y esto ha sido intencional como puede verse en el comentario de Saleilles y está de acuerdo con los motivos expuestos sobre dicho Código. El Código de 1928 no ha reproducido la frac. II del art. 1306 del Código de 1884, lo cual puede interpretarse o bien en el sentido de que se adopta la intención del Código alemán, o bien que se deja a la doctrina la solución del problema". "Las obligaciones siempre han estado comprendidas en el derecho patrimonial; así, pues, la prestación que constituye su objeto debe tener valor económico, debe ser valuable en dinero. Esto no significa que la prestación deba consistir siempre para el acreedor en un aumento efectivo de sus bienes económicos, sino que basta con que el objeto pertenezca a la esfera patrimonial, que sea susceptible de obtenerse con dinero, no siendo necesario que el interés del acreedor sea de carácter patrimonial, pudiendo serlo de naturaleza moral o de afección".

Estimamos que esta última tesis no es aplicable a nuestro derecho, tomando en cuenta que se suprime expresamente un requisito que hasta el Código anterior se había considerado de tal importancia, que cuando el valor no era exigible, la obligación tenía un objeto imposible. No es una simple actitud pasiva la del legislador, que no quiere resolver el problema y prefiere dejar a la jurisprudencia y a la doctrina la solución del mismo. Es una posición activa, ya que expresamente se modificó un requisito, porque no se consideró necesario o mejor dicho, porque se admite la posibilidad de que no sólo exista la obligación cuando la prestación tenga un valor exigible en dinero, sino también cuando tenga un

valor de carácter moral o espiritual. Y esta interpretación se confirma, tomando en cuenta el cambio que a propósito de las obligaciones nacidas por hechos ilícitos, aceptó el legislador de 1928. De acuerdo también con el Código Penal vigente, se acepta en una forma expresa y clara que la víctima puede exigir la reparación del daño moral. En el actual Código Civil, el daño moral ya no depende del patrimonial, el juez ya no lo fija en función de éste.

Ludwig Enneccerus en su Tratado de Derecho Civil, t. II, v. I, pág. 1, define la obligación a través del derecho de crédito, en los siguientes términos: "Derecho de crédito es el que compete a una persona, el acreedor, contra otra persona determinada, el deudor, para la satisfacción de un interés digno de protección que tiene el primero". Al referirse Enneccerus a "un interés digno de protección" no requiere que se trate necesariamente de una prestación patrimonial, pues puede ser también un valor moral el que se considere digno de merecer la tutela jurídica. Expresamente dice a este respecto: "El interés privado del acreedor tiene casi siempre un valor pecuniario. Pero ya el derecho romano no negaba la protección de cualquier otro interés que fuese digno de ella. El C. c. no exige interés pecuniario del acreedor, ni en el sentido de que tenga que tratarse al menos de una prestación que, por regla general, pueda adquirirse por dinero, antes bien, toda mención de un interés pecuniario ha sido evitada adrede en el Art. 241. No obstante, también con arreglo al C. c. se ha de considerar indispensable un interés digno de protección. El Estado no tiene por misión satisfacer simples caprichos, ni forzar a aquellos actos de carácter puramente religioso, moral o de cortesía que, según la concepción nacional, están substraídos al derecho. En casi todos estos casos las partes no tendrán intención de establecer un vínculo jurídico y, si por excepción la tuvieran, el negocio habrá de ser declarado sin validez como contrario a las buenas costumbres" (págs. 5 y 6).

JURISPRUDENCIA DEFINIDA

Daños, condena genérica al pago de los.—El artículo 1330 del Código de Comercio, dispone: "Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación, cuando no sean el objeto principal del juicio". Como este precepto no prohíbe que, habiéndose probado el derecho del actor a ser indemnizado por los daños probados en el juicio natural, sin embargo, no sea posible fijar su importe o las bases con arreglo a las

cuales deba hacerse su liquidación, se proceda entonces a la condena genérica a reserva de fijar su importancia económica en la ejecución de sentencia, es claro que por ello y por un evidente principio de equidad, el *ad quem* debió, en la especie, fijar tal condena genérica; máxime que el artículo 655, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas, aplicable supletoriamente en materia mercantil, de conformidad con lo que dispone el artículo 1051 del Código de Comercio, establece: "Si la resolución cuya ejecución se pide no contiene cantidad líquida, para llevar adelante la ejecución, debe previamente liquidarse conforme a las siguientes prevenciones:... II.—Cuando la resolución condene al pago de daños y perjuicios, sin fijar su importe en cantidad líquida, se hayan establecido o no en aquélla las bases para la liquidación presentará, con la solicitud, relación de los daños y perjuicios de su importe. De esta regulación, se correrá traslado al que haya sido condenado, observándose lo prevenido en la fracción anterior"; norma que autoriza, como se ve, que el importe en cantidad líquida de la condena al pago de daños y perjuicios, pueda fijarse en la fase de ejecución de la sentencia.

Amparo directo 5108/79. Francisco Galván Malo. 22 de agosto de 1980. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Alfonso Abitia Arzápalo. Secretario: Pedro Elías Soto Lara.

Informe 1980. Tercera Sala. Núm. 31. Pág. 37.

Daños y perjuicios, prueba de los.—Si no queda jurídicamente demostrada, por parte de los actores, a quienes corresponde la carga de la prueba dada la negativa de los demandados, la existencia de los daños y perjuicios que aquéllos reclaman, es incuestionable que, al no reconocerlo así la autoridad responsable, incurre en violación de garantías, lo que hace concluyente la concesión del amparo.

Amparo directo 1499/74. Rafael Bocanegra Santos y coags. 7 de julio de 1978. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 115-120. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1978. Tercera Sala. Pág. 23.

Daños y perjuicios, rèclamación por concepto de. accesoria a una acción principal. Sigue la suerte de ésta.—Si la reclamación por concepto de daños y perjuicios es accesoria a la de cumplimiento de contrato y se encuentra sujeta a la eventualidad de que acreditada la acción de cumplimiento se estudia la procedencia de aquélla, se está en el caso de que lo accesorio siga la suerte de lo principal, por encontrarse vinculadas necesariamente, por lo que si no se acreditó la acción de cumplimiento de contrato, no puede tenerse por acreditada la reclamación de daños y perjuicios.

Amparo directo 4957/75. Enrique Navarro Palacios. 10 de agosto de 1977. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Salvador Castro Zavaleta.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 103-108. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1977. Tercera Sala. Pág. 83.

CAPITULO II

De las Obligaciones Naturales

1.—*Exposición del problema.*—Las obligaciones naturales constituyen, de acuerdo con lo que llevamos dicho, un verdadero problema de clasificación en el derecho, en virtud de que el carácter principal de la relación jurídica, o sea su aspecto coactivo, desaparece y, por consiguiente, esto las aproxima a las obligaciones morales y sociales. En relación con este tema, podemos clasificar el movimiento doctrinal, desde tres puntos de vista: a).—*Doctrina romana;* b).—*Doctrina clásica;* c.—*Nuevo movimiento de ideas en los autores contemporáneos.*

a) *Doctrina romana.*—Los romanos clasificaron las obligaciones en civiles y naturales. En las civiles la relación obligatoria se establecía en todos sus aspectos, de tal manera que en el caso de incumplimiento estaban protegidas por el *actio;* existía en consecuencia el carácter coactivo, que en principio se manifiesta en forma absoluta, otorgando un verdadero poder jurídico al acreedor, sobre la persona, voluntad y libertad del deudor. Al grado de que mediante la *manus injectio* podía, someterlo a esclavitud, hacer coacción sobre su persona y en ocasiones hasta privarlo de la vida.

Como una categoría intermedia entre las obligaciones morales y jurídicas, los romanos consideraron las obligaciones naturales, cuyo carácter jurídico fue indiscutible, pero que no estaban protegidas mediante la *actio* en el caso de incumplimiento. Sin embargo, cuando el deudor voluntariamente ejecutaba el pago, no podía exigir al acreedor la restitución, ya que no se consideró que hubiera un pago de lo indebido. El fundamento para negar la repetición o restitución del pago, es decir, para reconocer en el acredor la facultad de la *soluti retentio,* no era el mismo que se invocaba en las obligaciones morales, pues en éstas faltaba la idea de vínculo jurídico, y sólo era la *pietas,* como sentimiento moral o religioso lo que inducía a pagarlas.

"Ya hemos visto cómo por derecho romano las obligaciones naturales producían otros efectos que la soluti retentio, tales como el de dar lugar a la compensación, la novación y el de ser causa de una obligación civil accesoria como la fianza, la prenda o la hipoteca y en fin, el de poder ser confirmadas o ser erigidas en obligaciones civiles por un pacto simple, pactum constitutoe pecunioe. Las fuentes las presentan como obligaciones verdaderas, pudiendo sin embargo distinguírselas por los diversos grados de su fuerza o eficacia, según los casos particulares de que se trataba.

Los romanos admitieron esta institución para templar el rigor del derecho

"Era la equidad —dice Ricci— la que abría una brecha en el edificio donde el sentimiento faltaba. Ahora el derecho moderno está fundado, no sólo en la razón, sino también en la equidad; es más: el concepto de la equidad prevalece a menudo sobre el concepto del derecho puro y absoluto; ¿qué necesidad, pues, tenemos nosotros de abrir una brecha en nuestro derecho para introducir en él la equidad, cuando ésta ejerce allí tan gran dominio? Para los romanos, la obligación natural no era sino un remedio contra los males que de la rigidez e inflexibilidad de su derecho se originaban; pero ¿es lógico que nosotros, que no tenemos que lamentar este mal en nuestro derecho, debamos recurrir a los remedios de que otros se sirvieron?".

Observación es ésta que se confirma con el examen de los efectos de las obligaciones naturales a la luz de los principios del derecho moderno". (Luis de Gásperi, ob. cit., v. I, págs. 77 y 78).

En el derecho romano dos doctrinas se han invocado para explicar y fundar la clasificación de obligaciones civiles y naturales: a).—La que deriva dicha distinción de la división del *jus civle* y del *jus naturale;* b).—La que afrma que las obligaciones naturales no son las que se basan en el *jus naturale,* ni en el *jus gentium,* sino que tienen también una causa civilis, que por sí misma podría ser bastante para generar la obligación, pero que por una razón del *jus civile,* no se les concede eficacia plena, es decir, no se hallan protegidas por una acción en juicio; pero cumplidas surten todos los efectos de una obligación perfecta.

Los casos reconocidos e indiscutibles de obligaciones naturales fueron principalmente: a).—La obligación del esclavo, frente al amo, con un extraño o con otro esclavo. La imperfección derivaba simplemente de que no se concedió capacidad jurídica al esclavo; b).—Las obligaciones entre personas unidas por la patria potestad, o sujetas a la misma potestad, en virtud del principio de la unidad del patrimonio familiar centralizada en el pater familias; c).—La obligación contraída en el mutuo por el hijo de familia, contra lo dispuesto en la ley.

Los efectos de las obligaciones naturales se manifestaban desde los siguientes puntos de vista: en los casos de pago, no procedía la restitución, en virtud de que no se trataba de un pago de lo indebido, lo que demostraba que existía una obligación, pues de lo contrario se hubiera considerado que el que recibía el pago, obtenía un enriquecimiento sin causa. También por este motivo el pago se consideraba como cumplimiento de una obligación, y no como una donación. Otro efecto consistía en la posibilidad de que la obligación natural pudiera ser garantizada con prenda, fianza o hipoteca, para transformarse en una obligación civil; o bien, la convalidación de la misma mediante la novación, o la posibilidad de ser opuesta por vía de compensación, en los casos de reciprocidad de obligaciones entre acreedor y deudor, a pesar de que la obligación compensada fuera civil.

b) *Doctrina clásica.*—La tesis clásica principalmente expuesta por Aubry y Rau, sostiene que las obligaciones civiles se encuentran sancionadas de una manera completa por el derecho positivo, mediante acción, y suponen una causa jurídica para su existencia y efecto coercitivo. Al lado de estas obligaciones existen las naturales, que también derivan del derecho positivo su existencia y eficacia no obstante que su causa jurídica pudiera ser bastante para que las protegiera por una acción en el caso de incumplimiento, por determinadas razones no se ha concedido al acreedor.

Los principales casos de obligaciones naturales, conforme a la doctrina clásica, son los siguientes: a) Compromisos contraídos por personas que en razón de una incapacidad de derecho positivo se encuentran afectados de nulidad; b) Compromisos resultantes de convenios que reuniendo las condiciones requeridas para su validez interna, no han observado la forma legal; c) Compromisos resultantes de convenciones tácitas en las que el legislador, por razones de utilidad social, no ha creído conveniente conceder la acción al acreedor; d) Obligaciones de los padres para procurar el establecimiento de los hijos que contraen matrimonio; e) Los deberes de reconocer y remunerar servicios recibidos, que es costumbre pagar en dinero.

Se mencionan también otras categorías distintas de obligaciones naturales; a) La que resulta del crédito prescrito; b) La que continúa afectando al deudor cuando tiene una presunción legal que lo protege de la acción del acreedor, y especialmente cuando existe la presunción de cosa juzgada; c) La obligación del fallido o concursado para liquidar a sus acreedores, a pesar de que éstos le hayan hecho quita o remisión.

Los efectos que la misma doctrina clásica atribuye a las obligaciones naturales, son fundamentalmente los siguientes: a) Proporcionar una excepción contra la demanda de restitución en los casos de pago voluntario; b) Servir de causa a una obligación civil; c) Posibilidades de ser garantizada con fianza, para convalidarse en una obligación civilmente eficaz.

Consideran Aubry y Rau, que estos son los efectos de las obligaciones naturales en el derecho francés; que una obligación natural no se transforma en civil por un simple acto de confirmación expresa o tácita; que por tanto, el cumplimiento voluntario parcial, no autoriza al acreedor al reclamar por vía de acción el saldo insoluto; que tampoco las obligaciones naturales producen el efecto de originar la excepción de compensación respecto de créditos civiles.

De lo expuesto resulta que Aubry y Rau distinguen dos categorías distintas de obligaciones naturales: por una parte, aquellas que derivan del derecho positivo, pero que no están sancionadas legalmente, y por la otra, las obligaciones que primitivamente tuvieron una sanción, pero que por motivos de utilidad social, en un determinado momento histórico, el derecho positivo les retira el aspecto coactivo.

Bonnecase, interpretando a los autores citados, considera que la división debe hacerse desde el siguiente punto de vista: las obligaciones naturales tienen tal carácter, o porque debieran estar sancionadas por la

ley, a título de obligaciones civiles, sin serlo, o porque fueron en otro tiempo obligaciones civiles.

c) *Nuevo movimiento de ideas.*—En autores contemporáneos, como Planiol, Ripert y Bonnecase, se advierten nuevas ideas y opiniones respecto a la naturaleza jurídica de las obligaciones naturales, existiendo o un esfuerzo de carácter científico como en Bonnecase, para la solución del problema jurídico o bien, una tendencia de carácter moral, como en Planiol y en Ripert, para encontrar una vez más, según este último, la influencia de la moral en el derecho.

2.—*Tesis de Planiol.*—Este autor, modificando las ideas de la escuela clásica, llega a postular la identificación entre la obligación natural y la moral. En cambio, en Aubry y Rau, sólo incidentalmente se llegaba en algunos casos a hacer en forma indirecta dicha identificación. Por esta causa, en concepto del propio Planiol, es de lamentarse que Aubry y Rau hubieran hecho la diferenciación entre los deberes morales y aquellos que derivan de las obligaciones naturales. Se inspira en la definición de Pothier, según la cual, la obligación natural es aquella que en el fuero del honor y de la conciencia obliga a aquel a que la ha contraído. al cumplimiento de su contenido. Por consiguiente, para Planiol la obligación natural no es una obligación civil carente de acción, ni una liberalidad. Respecto de ella la ley guarda silencio y, por consiguiente, los jueces están facultados para apreciar libremente las causas que en cada caso se vayan presentando como fuentes de una obligación natural. Bonnecase señala la tesis de Savatier como una etapa más en esta evolución doctrinal.

Luis de Gásperi, ob. cit., v. I, págs. 76 y 77.

3.—*Tesis de Ripert.*—El autor de "La Regia Moral en las Obligaciones Civiles", considera que la obligación natural lejos de ser un deber moral de beneficencia, es un deber moral en vías de transformación, para convertirse en jurídico; que el difícil problema de la diferenciación de las obligaciones naturales respecto a las morales, se debe a que estamos en una región muy especial del derecho, que toca sus límites con el ámbito de la moral, una especie de zona intermedia y confusa en la que se borran los perfiles de ambas disciplinas, para originar una forma híbrida. Algo así como la penumbra, que separa el día de la noche. *Para él, la obligación natural no es una obligación civil degenerada; se confunde con el deber moral y, en consecuencia, no puede existir una*

teoría general en relación con ella. Sólo encontramos diversos tipos de obligaciones naturales, en los que se producen en cada caso efectos distintos. Como tiene su base en el dominio de la conciencia, presenta una profundidad e intensidad inciertas. No es posible delimitar aquellos deberes de conciencia susceptibles de nacer de una obligación natural que tienen consecuencias de derecho. El juez no puede intervenir para transformarlos en obligaciones jurídicas. Incumbe exclusivamente al deudor operar esa transformación, y dar fuerza de ley a esa especial categoría de deberes.

Sostiene Ripert que no existe teoría jurídica, en donde se advierta mejor la influencia de la regla moral en el dominio del derecho; que precisamente si el tema resulta confuso, es porque no está, ni puede estar situado íntegramente en el ámbito de lo jurídico, sino que se prolonga en el dominio de la moral. *El deber se empeña en convertirse en obligación. Cuando uno de esos deberes se cumple, se transforma en deuda.* Considera Ripert que no existe en el derecho otro problema más singular y desconcertante; que por esto resultan fallidos todos los esfuerzos lógicos de interpretación, porque es una región en la que la lógica no puede imperar. ¿Qué cosa más sui géneris, que el acreedor no pueda obligar al deudor contumaz?; ¿que exista una obligación y sea reconocida, sin que pueda ser impuesta?; ¿que pueda existir un pago regular protegido por el derecho, pero que la ejecución resulte imposible? En otras palabras, interpretando las ideas de Ripert, que exista y no exista obligación, que al propio tiempo pueda ser deber moral o deuda; que pueda encerrar facultad en el acreedor para recibir el pago, pero no para exigirlo, y que quede al arbitrio del deudor, cumplir o no cumplir; pero si lo hace, no pueda exigir la restitución de lo pagado, de tal manera que si es dueño de su propia conducta para entregar la prestación, deja de serlo en el momento mismo en que la entrega, para perder todo derecho respecto a la restitución.

4.—*Doctrina de Bonnecase.*—Sostiene este autor que *la noción de obligación natural es exclusivamente técnica, encerrando una obligación civil imperfecta o condicional, o mejor dicho, una obligación civil virtual de doble grado.* (Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones, de los Contratos y del Crédito, traduc. de José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, págs. 203-208). La obligación natural debe ser esencialmente distinguida, por una parte del deber moral y por otra de la obligación civil impuesta, a la falta de textos, por las fuentes reales del derecho. Esta fórmula está de acuerdo a la vez con los textos vigentes y la jurisprudencia.

Parte de la base de que la teoría general de la obligación natural debe fundarse necesariamente en el examen de los textos del Código Civil relativos a la materia; que en lo que concierne a las obligaciones naturales, tenemos textos aislados en el Código Civil: que el artículo fundamental es el 1235, según el cual: "todo pago supone una deuda; aquello que ha sido pagado sin ser debido, está sujeto a repetición. La repetición no se admite a propósito de las obligaciones naturales que han sido voluntariamente cumplidas". Este artículo debe ser relacionado con el 2012 que dice: 'la fianza no puede existir sino respecto a una obligación válida. Se puede sin embargo afianzar una obligación, aunque pueda ser anulada por una excepción exclusivamente personal del obligado, por ejemplo en el caso de minoridad". Que por último, el artículo 1906, trata también de la obligación natural al decir: "el prestatario, que ha pagado los intereses que no estaban estipulados, no puede repetirlos, ni imputarlos al capital". De estos tres artículos aislados, Bonnecase forma grupos de textos, constituidos por una parte por los artículos 1965 y 1967, y por otra, por los artículos 1339 a 1340 del Código Civil francés; que conforme al artículo 1965, la ley no confiere ninguna acción por deudas de juego o por el pago de una apuesta; que según el 1697, en ningún caso el perdidoso puede repetir aquello que voluntariamente pagó. A menos que haya habido de parte del ganancioso dolo, superchería o extorsión. Un segundo grupo de preceptos dispone que: "el donante no puede reparar por ningún acto de confirmación los vicios de una donación entre vivos; nula en la forma debe ser rehecha en la forma legal" (Artículo 1339). "La confirmación, ratificación o ejecución voluntaria de una donación por los herederos o causahabientes del donante después de su muerte, importa la renuncia a oponer sea el vicio de forma, sea alguna otra excepción" (Artículo 1440).

De los textos mencionados, deriva Bonnecase la existencia de una noción técnica de la obligación natural, es decir, una teoría de la misma. Insiste en que conviene separar de una manera absoluta, la noción de la obligación natural del deber moral, y de la obligación impuesta, a falta de textos, por las fuentes reales del derecho, o sea por la ciencia jurídica. Según el autor citado, el Código Civil no evoca de una manera expresa la noción del deber moral; por el contrario, es el fiel reflejo de la técnica jurídica pura, en su fisonomía tradicional.

De esta suerte, llega el citado jurista a su definición: la obligación natural es una noción técnica; una obligación civil de doble grado. Es una noción técnica, en virtud de que el Código Civil comprende una jerarquía colocando en primer lugar las obligaciones civiles perfectas,

y después, las obligaciones civiles, virtuales, que aspiran a entrar en la vida civil, como obligaciones de doble grado. El primer grado parte del momento en que la obligación natural, aparece sobre las ruinas de una obligación civil, o sustituyendo una relación de esta clase, que ha estado en el espíritu de los interesados. El segundo grado, parte del momento en que el deudor, por el reconocimiento y cumplimiento voluntario de la obligación natural (cumplimiento voluntario y confirmación) viene a vivificarla, para que nazca la obligación civil.

Concluye Bonnecase que la obligación natural, como tal, tiene existencia jurídica, ya que si no es posible la repetición de lo pagado, es porque se considera que el pago y la obligación existieron. Todos los demás textos vienen a corroborar este aserto. Todos ellos se colocan en el hecho de la ratificación o de la ejecución voluntaria del deudor. Ninguno hace alusión a una pretendida categoría de obligaciones naturales, como deberes de conciencia. La jurisprudencia decide lo mismo. Para los tribunales franceses hay obligación natural siempre que una persona se compromete respecto de otra a pagarle una suma de dinero, no bajo el influjo de una libertad, sino para cumplir un deber imperioso de conciencia y de honor.

Por nuestra parte, interpretando las ideas de Bonnecase, podemos considerar que efectivamente en el derecho francés se sigue la misma técnica jurídica, para convalidar la obligación natural, que aquella que se observa respecto de las obligaciones afectadas de nulidad relativa. En efecto, toda obligación afectada de nulidad relativa puede quedar convalidada por la ratificación, el cumplimiento voluntario, la novación o cualquiera otra forma jurídica que revele una confirmación tácita. La obligación así convalida, tiene plena vida y eficacia jurídica, y se convierte en una obligación perfecta, surtiendo sus efectos desde que se otorgó, y no sólo desde su ratificación. Además, puede ser exigida por vía de acción, con la intervención coactiva del Estado, mediante la ejecución forzada.

En las obligaciones naturales, en el derecho francés, existe la posibilidad de ratificación o cumplimiento voluntaria, para que su eficacia jurídica sea plena. Por consiguiente, sí es exacto, como afirma Bonnecase, que la obligación natural sea sólo una obligación civil imperfecta o condicional. Su perfección y plenitud de efectos dependen de una condición, consistente en el acontecimiento futuro e incierto del cumplimiento. Si la condición no se realiza, como en toda obligación bajo condición suspensiva, no llega a nacer el derecho del acreedor, es decir, caduca, por cuanto que la caducidad supone la simple posibilidad incier-

ta de que el derecho llegue a nacer. De la misma suerte sucede tanto en las obligaciones naturales, como en las condiciones suspensivas; pero nadie dudará de que una vez realizada la condición, la obligación sea perfecta, y tampoco de que, antes de que se realice, no se trata de un deber moral, sino de una noción técnica, que sigue el mismo proceso de convalidación de las obligaciones anulables. Unicamente advertimos, comentando las ideas de Bonnecase, que aun cuando el proceso normativo es semejante en el derecho francés, para actualizar la obligación natural, como si fuese anulable, la causa que origina la nulidad relativa, es bien distinta de aquella que motiva la obligación natural, pues en la primera se trata de un vicio interno en los elementos constitutivos del acto jurídico, y en la segunda no existe tal vicio. En las obligaciones condicionales, expresamente se estipula que el nacimiento de los derechos dependerá de un acontecimiento futuro e incierto, y en cambio en las obligaciones naturales no existe tal estipulación, sino que el cumplimiento o ratificación vendrán a fungir como hechos futuros e inciertos, que desde el punto de vista jurídico operarán consecuencias de derecho semejantes a la condición, al actualizar y otorgar eficacia plena al derecho de crédito, que con anterioridad estaba constituido en forma virtual, o simplemente potencial, siendo la actualización contingente.

5.—*Las obligaciones naturales en nuestro derecho.*—En el Código Civil de 1870, los artículos 1818, 1819 y 1820, nos autorizaban a hablar de obligaciones naturales. El 1818 fue concebido así: "Es nula la fianza que recae sobre una obligación que no es civilmente válida". Este artículo fue modificado, al redactarse el 1705 del Código Civil de 1884, en los siguientes términos: "Es nula la fianza que recae sobre una obligación nula". Macedo, en sus Datos para el Estudio del Nuevo Código Civil (se refiere al de 1884) nos dice: "No reconociéndose en nuestra legislación de una manera expresa la división de las obligaciones en civiles y naturales, y por lo mismo no definiéndose ni unas ni otras, se reformó el artículo (1818 del Código de 1870) refiriéndose tan sólo a obligaciones válidas, sin agregar que la validez sea civil o natural, pues para la ley civil no puede haber obligaciones válidas de diversas clases, sino válidas o no válidas. Para que este artículo y los 1819 y 1820 (del Código de 1870), hubieran subsistido habría sido necesario definir la validez civil y la natural, distinción que no pareció conveniente aceptar por vaga y expuesta a dudas. Véase Goyena, comentario al artículo 1025 del proyecto del Código Español. Los artículos 1819 y 1820 (del Código de 1870) suprimidos por las razones expuestas en la nota anterior"

Los artículos 1819 y 1820 del Código Civil de 1870, decían: "1819. —Se exceptúa de lo dispuesto en el artículo anterior el caso en que la nulidad proceda de incapacidad personal del deudor; con tal de que el fiador haya tenido conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse, y de que la obligación principal sea válida a lo menos naturalmente". "1820.—En el caso del artículo que precede, la fianza subsistirá aun cuando el deudor principal haga rescindir su obligación".

De lo expuesto se deduce que en el Código Civil de 1870 existía reconocida una forma de obligaciones naturales. En principio, para la validez de la fianza, se requería la validez civil de la obligación principal; pero por excepción se permitía afianzar una obligación nula, motivada por la incapacidad personal del deudor, con tal de que el fiador hubiera tenido conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse, y *siempre y cuando la obligación principal fuera válida naturalmente*. Es decir, se aceptaba, en su esencia, el artículo 2012 del Código Civil francés, según el cual: "La caución no puede existir sino respecto a una obligación válida. Sin embargo, se puede garantizar una obligación que pueda ser anulada por una excepción puramente personal del obligado; por ejemplo, en el caso de minoridad".

Por lo tanto, en el Código Civil de 1870, sería aplicable por lo menos en un caso, la doctrina de Bonnecase, así como la tesis que después expondremos, como opinión personal.

El Código Civil de 1884, modifica como se ha visto, el artículo 1818 del de 1870, y suprime los artículos 1819 y 1820, que nos permitían hablar de obligaciones naturales. En esa virtud, para esa legislación, la categoría de obligaciones naturales quedó suprimida en el caso de la fianza, resultando inaplicable la doctrina de Bonnecase, que como él mismo dice, deriva de textos expresos del Código Civil francés, los cuales por no existir en nuestro derecho, no nos permitirían desarrollar en el Código de 1884 y en la hipótesis relacionada con la fianza, la idea de que la obligación natural es exclusivamente técnica, y encierra una obligación civil imperfecta o condicional de doble grado. El artículo 1724 del mismo Código de 1884, podría servir de apoyo, aun cuando indirecto y forzado, para la tesis de Bonnecase. Según ese precepto: "El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, mas no las que sean personales del deudor". De aquí se infiere que se permite la fianza sobre una obligación afectada de nulidad relativa, toda vez que el fiador no puede oponer las excepciones de incapacidad, error, dolo, violencia y lesión que corresponderían al deudor principal, por ser exclusivas del perjudicado en estas formas

de nulidad relativa; que, por lo tanto, al admitirse la fianza de una obligación anulable, se obtiene un efecto semejante al del artículo 2012 del Código Civil francés, conforme al cual, la fianza no puede existir sino respecto de una obligación válida, permitiéndose, sin embargo, garantizar las obligaciones que puedan ser anuladas por una excepción exclusivamente personal del obligado. Como este precepto es uno de los que citan los autores franceses para hablar de las obligaciones naturales, se podría también invocar en nuestro derecho. No obstante, como en el Código de 1884 no existe un artículo fundamental en relación con esta materia, que prohiba la repetición de lo pagado voluntariamente, podemos concluir que el 1724 de nuestro citado Código, no puede referirse a esa clase de obligaciones, tanto porque falta la base principal, cuanto porque expresamente se modificó el Código de 1870, suprimiendo la clasificación de obligaciones civiles y naturales. Por el contrario, podemos explicar el artículo 1724, dentro de la técnica de las obligaciones afectadas de nulidad relativa, toda vez que si el deudor principal no opone la excepción respectiva, ello significará que la consiente, y que por lo tanto, queda convalidada por ratificación tácita, en cuyo caso, la fianza es perfectamente exigible.

En materia de contratos aleatorios (juego y apuesta), se ha querido también encontrar un fundamento para considerar que nuestro Código de 1884 reconoció las obligaciones naturales. Conforme al artículo 2776: "El que ha perdido en un juego no puede repetir lo que ha pagado voluntariamente, a no ser: I.—En caso de dolo o fraude de la otra parte, o en cualquiera otro caso en que el contrato no debiera producir efecto según las reglas generales.— II.—Cuando la cantidad o cosa que se pagó se hubiere perdido en juego prohibido". Cuando el juego es lícito, según el artículo 2774, se concede acción en juicio para reclamar hasta la cantidad de cien pesos. De estos preceptos se infiere que aun cuando no existe obligación civil respecto de deudas provenientes de juego lícito, que excedan de la suma indicada, sí se reconoce por la ley una obligación natural, al admitir el principal efecto de ella, consistente en negar el derecho para exigir la devolución de lo pagado en forma voluntaria, sobre la suma de cien pesos mencionada. El fundamento que se invoca para la no repetición de lo pagado es, según explica Pothier, respetar una obligación que está en el fuero del honor y de la conciencia.

A pesar del caso anterior, se ha sostenido que dada la modificación expresa de los artículos que hablaban de las obligaciones naturales, en el Código de 1870, el de 1884, adoptó el sistema de reconocer sólo las obligaciones civiles como relaciones jurídicas perfectas.

El Código Civil vigente se refiere al concepto de obligación natural en el artículo 1894 que estatuye: "El que ha pagado para cumplir una deuda prescrita o para cumplir un deber moral no tiene derecho a repetir". Además de este precepto existen los artículos 2767, 2768 y 2769 del Código mencionado que expresamente tratan de la distinción entre obligación civil y natural. En efecto el 2767 dice: "El que pierde en un juego o apuesta que no estén prohibidos queda obligado civilmente con tal que la pérdida no exceda de la vigésima parte de su fortuna". Es decir, se distingue la obligación civil de la natural, desde el momento en que el legislador reconoce que puede una persona obligarse civilmente, de donde se infiere que existe otra forma de obligación. El artículo 2768, confirma esta idea al declarar que: "La deuda de juego o de apuesta prohibidos no puede compensarse, ni ser convertida por novación en una obligación civilmente eficaz". Sin embargo, debemos reconocer que en este artículo se niega uno de los efectos que conforme al Código francés se reconocen para las obligaciones naturales, consistente en la posibilidad de oponer la compensación, o de perfeccionar la relación, mediante la novación, según lo reconocen Aubry y Rau. Por último, el artículo 2769 dispone que: "El que hubiere firmado una obligación que en realidad tenía por causa una deuda de juego o de apuesta prohibidos, conserva, aunque se atribuya a la obligación una causa civilmente eficaz, la excepción que nace del artículo anterior, y se puede probar por todos los medios la causa real de la obligación". En relación con este precepto el 2764 dice: "La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en juego prohibido".

En nuestro concepto, deben diferenciarse los distintos casos que pudieran dar lugar a una obligación natural en el Código Civil vigente. El primer caso, relativo al crédito prescrito, que generalmente se invoca como ejemplo de obligación natural, en realidad supone desde el punto de vista procesal una hipótesis distinta. En la obligación prescrita, no puede decirse en forma absoluta que el acreedor carezca de acción, como sucede en todas las demás obligaciones naturales, en las que de plano la ley no la otorga. En efecto, puede suceder que el deudor no oponga la excepción, en cuyo caso, el juez no puede de oficio invocar la prescripción, dado nuestro sistema procesal. Por consiguiente, en esa hipótesis el crédito prescrito sí es accionable, y el deudor debe ser forzado a cumplir, una vez dictada la sentencia condenatoria. En cambio, si el deudor opone la excepción, se declarará extinguida la acción; pero aún en esta hipótesis, no puede decirse estrictamente que se trata de una obligación natural, por cuanto que no conceda acción en juicio. Propiamente la acción exis-

tió, pero quedó extinguida, como en cualquier otro caso en que por virtud de una excepción perentoria, se destruye.

"El inciso 2o. incluye entre las obligaciones naturales las que "principian por ser obligaciones civiles y que se hallan extinguidas por la prescripción", precepto que si tuviéramos que considerarlo a la luz de los principios estrictamente jurídicos, implicarían un absurdo lógico, como ya lo hiciera notar Dunod de Charnage.

En efecto, si la precripción es un medio de libertarse de "toda" obligación, como reza el art. 4017 concordante con los artículos 3497 y 3949 del Código Civil, no se comprende cómo, una vez operada ella, se conferiría, sin embargo, al acreedor el derecho de retener lo pagado espontáneamente en virtud de la deuda, desde que un pago tal no supondría sino que la obligación subsiste más allá de la esfera del derecho, como obligación de conciencia y de honor.

Otro absurdo salta a la vista y es que si la prescripción es un medio de extinguir obligaciones exigibles ¿por qué no habría de extinguir las obligaciones no exigibles?

Quiere decir, pues, que el precepto que estudiamos se vincula con la cuestión de saber el alcance técnico de la eficacia de la prescripción.

Advierte Merlin a este propósito que ya los autores anteriores al Código Napoleón no estaban de acuerdo sobre esta materia, y que D'Argentré era de parecer que la prescripción extingue toda clase de obligación porque así lo ha querido la ley y así lo ha podido.

El deudor debe adquirir por el transcurso del tiempo necesario a la prescripción la plena y entera seguridad, plenissimam securitatem, de quedar a cubierto de todos los efectos derivados de su obligación, según así lo enseña Cujas, quien agrega que la obligación natural se extingue no sólo por el pago real, sino también por el pago putativo, es decir, por todo aquello que, según las máximas del derecho, ejerce la función del pago, quocunque modo quid persolutionem redat, como es la prescripción.

No obstante, y a pesar de tan buenas razones, vemos que el Código Civil argentino acuerda al acreedor la soluti retentio de lo pagado en virtud de una obligación extinguida por la prescripción." (Luis de Gásperi, ob. cit., v. I, págs. 89 y 90).

En el artículo 1894, se hace referencia a la no repetición de lo pagado en una obligación prescrita. Esta hipótesis, tampoco puede implicar en rigor la existencia de una obligación natural, dadas las consideraciones que anteceden, ya que la extinción de la obligación o de la acción, por no exigirse el cumplimiento de la primera, dentro de cierto plazo, no es absoluta y necesaria, sino simplemente contingente, desde el momento en que si el deudor descuida oponer la excepción relativa, el crédito se considera civilmente exigible y, por lo tanto, existirá la nota coactiva que caracteriza a la relación jurídica. El pago voluntario, no significa que se cumpla una obligación extinguida, pues no puede afirmarse esto de una manera indefectible, sino simplemente hipotética.

"Sin entrar a estudiar los particulares de este precepto, diremos que, de acuerdo con los principios así consagrados, se considera que el deudor que paga una obligación prescripta, "renuncia" virtualmente la prescripción adquirida, siendo ésta la razón de derecho en que se funda la retención de lo pagado en virtud de ella. Este derecho no nace de la obligación natural, como pretenden sus partidarios; Crome, por referencia a lo que previenen el art. 1234 del Código Civil francés y el art. 1236 del italiano, enseña que: "Una obligación natural no queda subsistente", después de la prescripción, y ello ni cuando se la considera como "efecto negativo", según la caracterización que, por oposición a las obligaciones civiles de "efectos positivos", insinúa Lacerda de Almeida, sino en virtud de la renuncia por el actor, de la prescripción adquirida." (Luis de Gásperi, ob. cit., v. I, pág. 91).

El segundo caso admitido por el artículo 1894, relativo a la irrepetibilidad de lo pagado en cumplimiento de un deber moral, viene a demostrar que en realidad, la misma ley reconoce que sólo existe una obligación moral y no jurídica, pero cuyo cumplimiento voluntario, se debe tener por firme. El problema propiamente no debe referirse sólo al momento en que se cumple un deber moral, sino también al estado anterior a dicho cumplimiento, que sólo revela la existencia de una obligación de carácter ético, radicalmente distinta de la jurídica, desde todos los puntos de vista que hemos estudiado. Es decir, se trata de una obligación unilateral, en el sentido de simplemente imperativa, por cuanto que si impone deberes, no otorga facultades, como en la relación del derecho, de carácter imperativo-atributiva. Asimismo dicha obligación es incoercible, interna y autónoma, por cuanto que no puede imponerse coactivamente su cumplimiento, deriva del fuero mismo de la conciencia, y se la impone libremente el mismo obligado, y no por una voluntad superior o distinta. Sin embargo, el problema no es tan sencillo, si se estudia la situación resultante del cumplimiento voluntario, y la consecuencia jurídica reconocida por el artículo 1894 respecto a la no repetición de lo pagado. *Desde el momento en que el derecho parte de un supuesto condicionante: cumplimiento voluntario de un deber moral, para imputar una consecuencia jurídica: irrepetibilidad del pago, ya no podemos afirmar que estamos en el ámbito de la moral, sino que por el contrario, nos vemos forzados a concluir que hemos entrado, en el instante mismo en que se hace el pago, a los dominios del derecho.* Es decir, podría argumentarse con Bonnecase que se trata de una obligación condicional, cuya existencia depende de un acontecimiento futuro e incierto, consistente en el pago voluntario, o más bien, que se trata de una obligación moral, que en un momento dado se convierte, por virtud de la realización de un supuesto jurídico, en una obligación civil. Dicho en otras palabras, que el derecho parte de dos supuestos jurídicos condicionantes: a).—La

existencia de un deber moral y b).—Su cumplimiento voluntario. Realizados dichos supuestos, se presenta la consecuencia jurídica sui géneris, de originar una obligación civil, en el instante mismo en que es cumplida, para establecer una coexistencia en el nacimiento y el cumplimiento. Es decir, se consideran simultáneos el momento de creación, el de cumplimiento y el de extinción. Algo así como lo que ocurre en la dación en pago. En efecto, en esta figura jurídica, una obligación se sustituye por otra, al cambiar el objeto de la prestación, pero a diferencia de lo que ocurre en la novación objetiva ordinaria, en el momento mismo en el que nace la nueva obligación, ésta es cumplida por el pago inmediato de la diversa prestación que vino a sustituir a la primera.

6.—*Nuestro punto de vista.*—De acuerdo con lo que llevamos dicho, en la obligación perfecta, el acreedor tiene una doble facultad: a).—La de exigir y b).—La de recibir u obtener el pago. Esta es la situación completa, por cuanto que implica una protección jurídica absoluta respecto del crédito, y una sanción íntegra a propósito de la deuda. Sin embargo, puede existir una relación jurídica imperfecta, cuando sólo existe la facultad de recibir el pago, pero no la de exigirlo. En esta hipótesis, se trata no obstante de una noción técnico-jurídica, por cuanto que el derecho protege con validez y eficacia plenas, la admisión y retención de lo pagado. A pesar de todos los esfuerzos que se hagan para negar la naturaleza jurídica de la obligación natural, necesariamente tendrá que reconocerse que la validez en el pago y el derecho de retener lo pagado, no pueden explicarse con datos exclusivamente de orden moral o social.

Además, existe un hecho fundamental: el aspecto jurídico de la obligación se pone de relieve, en la situación normal del cumplimiento. Toda interpretación jurídica debe principalmente fincar su explicación científica, no en la hipótesis anormal del incumplimiento, sino en el caso principal que se da cuando voluntariamente el deudor realiza la conducta debida. La facultad de exigir sólo comprende el derecho sustantivo del acreedor para requerir extrajudicialmente al deudor, por virtud de una autorización legal. La acción es un derecho subjetivo de carácter público, autónomo, y de naturaleza jurídica distinta a la facultad del acreedor, que es un derecho subjetivo privado. Ahora bien, para la existencia de la facultad como derecho subjetivo privado, no es indispensable desde el punto de vista de la técnica jurídica, que exista el derecho público de acción. Este, simplemente consiste en la autorización legal o poder jurídico para provocar la intervención coactiva del órgano jurisdic-

cional. Dada su naturaleza, no descansa necesariamente en la facultad como derecho sustantivo, y aunque implica la forma más perfecta para lograr la plena eficacia obligatoria del crédito, en el caso de incumplimiento, en rigor no existe una relación necesaria, sino sólo contingente, entre la facultad del acreedor, como derecho subjetivo privado y la acción como derecho subjetivo público. Tan es así que el crédito extinguido, puede ser accionable y alcanzar la protección jurídica plena, si el deudor no opone la excepción correspondiente, lo que demuestra, que no son necesariamente derechos correlativos, la facultad y la acción. El sistema procesal da autonomía al derecho de acción, al permitir la hipótesis de que el crédito extinguido motive la condena del deudor, si éste no opone la excepción, dada la imposibilidad de que el Juez la invoque de oficio. Si se tratara de derechos correlativos, vinculados por una relación necesaria, indefectiblemente todo crédito extinguido, debería motivar de oficio la absolución del deudor. Por consiguiente, la relación es simplemente contingente, y este carácter se aprecia también desde otro punto de vista: en las obligaciones naturales, si no existiera el derecho sustantivo del acreedor, por la falta de acción, el pago voluntario no sería cumplimiento, sino donación, o pago de lo indebido. Sin embargo, el derecho interviene para reconocer la plena eficacia del pago, en un doble aspecto: a).—Validez en la recepción y b).—Validez en la retención, que a su vez origina la consecuencia jurídica de la irrepetibilidad de lo pagado, engendrando la excepción correspondiente en el acreedor, si el deudor exigiera la devolución. Estas diversas consecuencias de derecho, nunca podrán ser explicadas, considerando a la obligación natural como un deber moral, y dentro de los principios de la ética. Dígase lo que se quiera, desde el momento en que interviene el derecho para sancionar las consecuencias apuntadas, hemos entrado de lleno en el reino jurídico, para aplicar exclusivamente la técnica propia de esa disciplina normativa.

Por otra parte, el derecho se ocupa de las obligaciones naturales, en tanto que son cumplidas voluntariamente para reconocer la consecuencia principal de la no restitución de lo pagado. Por consiguiente, es hasta ese momento, cuando se trata de relaciones jurídicas, y es únicamente en ese sentido, cuando se afirma desde el punto de vista del derecho, que existe una obligación, y no simplemente un deber moral o social. Antes del cumplimiento, el derecho no se ocupa de esas relaciones, ni menos aún las califica de jurídicas. Simplemente se trata de una situación negativa, irrelevante desde el punto de vista jurídico. O en otras palabras, no existe el supuesto jurídico para que dentro del proceso nor-

mativo se origine una consecuencia de derecho. Dentro de la técnica jurídica, y conforme a la pureza del método normativo, para que exista una consecuencia de derecho, debe ser provocada por un supuesto jurídico que a través de la norma, origine la consecuencia. De tal manera que no hay consecuencia sin condición o supuesto, siendo esta relación necesaria, indefectible. Ahora bien, para que se dé el supuesto jurídico de la obligación natural, es necesario de toda necesidad, que se realice el cumplimiento voluntario mediante el pago libremente ejecutado. Hasta ese preciso instante la relación adquiere relevancia jurídica, y de un simple deber *cuya naturaleza anterior no importa ni debe interesar al derecho, se convierte en un deber jurídico,* por cuanto que cumplido, no hay repetición de lo pagado, consecuencia que es estrictamente jurídica. Podría argumentarse que lo mismo ocurre en cualquier deber moral, cuando para hacer la caridad, se entrega a un valor, toda vez que tampoco existiría la posibilidad jurídica de exigir la devolución. Sin embargo, la observación no es exacta, por cuanto que existe una diferencia fundamental *si se estudia la situación respecto a terceros, y principalmente a propósito de la acción pauliana.* En efecto, cuando se ejecuta el pago por virtud de una obligación natural de las expresamente reconocidas o mencionadas en los Códigos Civiles, aun cuando ese pago origine la insolvencia del deudor, los acreedores perjudicados no podrán intentar la acción pauliana, impugnando el acto como si se tratara de una *liberalidad,* para obtener la invalidez del mismo, a pesar de que haya habido buena fe en el deudor que lo ejecutó. En cambio, si por virtud de un deber moral, es decir por un acto de caridad u otro semejante, se provoca la insolvencia del que lo realice, sus acreedores perjudicados sí podrán intentar la acción pauliana para impugnar el acto dispositivo, *considerándolo como una liberalidad,* a efecto de obtener su invalidez, a pesar de la buena fe del deudor y del tercero beneficiado. Por las mismas razones, se reconocen en ciertos derechos positivos las siguientes consecuencias jurídicas de las obligaciones naturales: a).—Originar la excepción relativa, si se exige la devolución de lo pagado; b).—Permitir la compensación con un crédito perfecto; c).—Posibilidad de perfeccionamiento, mediante la novación y la ratificación expresa o tácita; d).—Posibilidad de que la obligación natural, sirva de base a una nueva relación jurídica perfecta (fianza, prenda, hipoteca o reconocimiento de deuda). Todas estas consecuencias estrictamente jurídicas, jamás podrían explicarse si se considera a la obligación natural como un deber moral.

Por último, es de llamar la atención de que los que afirman que la obligación natural, no es jurídica, parten *de un supuesto indemostrado, o sea, que toda relación jurídica debe ser coactiva.*

De acuerdo con lo expuesto, podemos concluir que en el perfeccionamiento de las obligaciones naturales, se sigue el mismo proceso normativo de las obligaciones nulas y de las condicionales suspensivas. En efecto, la obligación afectada de nulidad relativa, queda convalidada por el cumplimiento voluntario, la novación, y la ratificación expresa o tácita, para convertirse en una relación jurídica perfecta y plenamente eficaz. Lo mismo ocurre respecto de las obligaciones naturales voluntariamente cumplidas o ratificadas, en ciertos derechos positivos. La única diferencia que se podría admitir también de carácter positivo, para ciertas legislaciones, es que la obligación nula, es accionable antes del cumplimiento voluntario, aun cuando no surtirá efectos, si se opone la excepción de nulidad, para que el Juez la declare por sentencia y destruya los efectos provisionables realizados. También se observa la misma técnica para las obligaciones condicionales suspensivas, sólo que en éstas, entre tanto no se cumpla la condición, no existe aún el derecho del acreedor, pero realizado el acontecimiento, se opera otorgando eficacia plena en forma retroactiva. En las obligaciones naturales, su eficacia también depende de un acontecimiento futuro e incierto, es decir, de una condición suspensiva, consistente en el cumplimiento voluntario, para que su perfeccionamiento sea absoluto y con alcance retroactivo. Las únicas diferencias son: a).—En la obligación condicional, la modalidad se estipula expresamente, en tanto que en la obligación natural, dicha modalidad depende exclusivamente de la voluntad del obligado. b).—En consecuencia se deroga la regla existente en materia de condiciones, según la cual, la condición no puede depender exclusivamente de la voluntad del obligado, para no dejar a su arbitrio el cumplimiento.

CAPITULO III

Acción, Embargo y Ejecución Forzada

1.—*El derecho personal y la acción en juicio.*—Con motivo del incumplimiento de las obligaciones, se plantea el problema relativo a determinar si el derecho que ejercita el perjudicado ante los tribunales, para exigir, bien sea el cumplimiento exacto o por equivalente, es su derecho subjetivo de crédito, puesto en movimiento mediante la acción, o bien, si se trata de un derecho subjetivo distinto, como se sostiene en la moderna teoría de la autonomía de la acción. En este caso tenemos un nuevo

problema, consistente en saber si el derecho de crédito, ante el incumplimiento, cuando el acreedor hace valer la acción, se extingue, para dar nacimiento a un derecho nuevo, o si sólo se suspende para volver a regir hasta que se declare por sentencia, o se transforma de tal manera que ejercitada la acción, nacerá un derecho nuevo, cuando se obtenga un fallo favorable, para exigir una prestación que tenga como fuente la sentencia. Estas son, se puede decir, las cuestiones principales que se plantean tanto desde el punto de vista estrictamente civil como procesal, cuando el acreedor ocurre ante los tribunales y exige el cumplimiento del contrato, o en general de la obligación.

Tradicionalmente se ha sostenido que cuando el acreedor hace valer la acción, exige el cumplimiento de su derecho. Por lo tanto, que a través de la acción, se ejercita el derecho de crédito, trátese de obligaciones contractuales o extracontractuales. Tal es el concepto romano que afirmó que la acción era el derecho puesto en movimiento ante los tribunales. De manera que para nuestro problema concreto, el derecho personal derivado del contrato continuaría vigente y se estaría ejercitando durante el proceso, con el fin de obtener una sentencia que permitiera la ejecución forzada; es decir, la acción sólo sería el medio de poder obtenerla, dado que nadie puede hacerse justicia por su propia mano. Pero el derecho de crédito no sufriría ninguna modificación, supuesto que sólo tendría que correrse un trámite, consistente en la sustanciación de un juicio, para ser ejecutado. De aquí la denominación tradicional de los juicios A vs B; de aquí la forma de entablar las demandas, por ejemplo, dice el actor: "Vengo a exigir el cumplimiento del contrato, etc". Se trata, por lo tanto, de una prestación exigible contra el demandado, nacida del contrato o de una fuente extracontractual que se hace valer ante los tribunales.

En contra de esta teoría tradicional, se sostiene por los modernos procesalistas, que la acción es un derecho subjetivo nuevo, completamente distinto al derecho personal, al real o al del estado civil, que aparentemente se hace valer en un juicio como prestación que persigue el actor. *Se afirma que la acción sólo tiene por objeto exigir del órgano jurisdiccional que intervenga para dirimir un caso jurídico, es decir, se exige del juez la prestación jurisdiccional.* Si este es el objeto de la acción, no puede ser exigido un crédito, un derecho real o familiar, etc. Por lo tanto, ¿qué es lo que sucede cuando se falta al cumplimiento de una obligación o de un contrato, si el acreedor, cuando comparece ante el tribunal y hace valer la acción, ya no está exigiendo el cumplimiento de la obligación existente a cargo del demandado? Se sostiene que du-

rante el proceso se ejercita un derecho nuevo, exclusivamente contra el juez, para que se declare la existencia de otro derecho; queda en suspenso el derecho sustantivo, es decir, el derecho personal, real o del estado civil. En nuestro problema concreto, el derecho del contratante perjudicado, mientras se tramita el juicio y se decide, no se está haciendo valer, queda en suspenso. En el caso de que prospere el derecho de acción, entonces se hace exigible el derecho sustantivo, apoyado en una sentencia.

Ahora bien, como la sentencia viene a operar un cambio en el derecho sustantivo, se ha sostenido que en realidad hay una novación, que ya el deudor no debe por contrato, por declaración unilateral, por gestión de negocios, etc., sino que debe por sentencia; la prescripción ya será distinta, no será el término de prescripción de las obligaciones contractuales o extracontractuales, sino el de la sentencia, que es de 10 años. El derecho será de naturaleza distinta, no será controvertible sino incontrovertible, porque está declarado en una sentencia que ha causado ejecutoria. Quiere entonces decir que el derecho de crédito sólo sirvió de supuesto jurídico para iniciar la acción; que ésta implica un derecho nuevo; que prosperando la acción, la sentencia dio nacimiento a un derecho personal, real o del estado civil, de naturaleza distinta al derecho sustantivo que sirvió de supuesto jurídico para iniciar la acción.

2.—*Naturaleza de los derechos derivados del embargo.*—En relación con el tema del incumplimiento de los contratos, se presenta el problema relativo a determinar la situación jurídica del crédito o derecho personal, cuando el acreedor embarga bienes, es decir, cuando recurre a la ejecución forzada. Ya hemos explicado que en realidad la ejecución forzada se presenta, no como una consecuencia directa del incumplimiento del contrato o de la obligación, sino en forma indirecta o remota, toda vez que la consecuencia directa para el caso de incumplimiento, será el ejercicio de la acción. Es decir, partimos del supuesto jurídico del incumplimiento, que producirá como efecto la posibilidad en el acreedor de intentar o no la acción. Dada esta posibilidad, la consecuencia se presenta como contingente, supuesto que el acreedor no está obligado necesariamente a intentar una acción ante el incumplimiento del contrato o de la obligación. Deducida la acción, ocurren los supuestos y consecuencias inherentes al proceso, hasta llegar a la sentencia, que según indicamos, crea un derecho subjetivo nuevo en favor de la parte que obtuvo o sea, normalmente en favor del acreedor, cuyo derecho habrá de ejecutarse en la vía de apremio, mediante el embargo

y remate de bienes. Ahora bien, este supuesto jurídico nuevo que interviene en el embargo, plantea el problema consistente en saber si el derecho personal continúa en los mismos términos en que fue declarado en la sentencia o si experimenta una modificación por virtud del embargo, es decir, del aseguramiento de bienes que quedan afectados al pago preferente y que permite al acreedor oponerlo a los terceros, hacer valer sus derechos de preferencia y, en su caso, de persecución, si las cosas embargadas pasaren a poder de tercero.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se orientan en el sentido de afirmar que el embargo no transforma el derecho de crédito, y que no crea un derecho real. En una palabra, que continúa idéntica la naturaleza jurídica del derecho del acreedor, que sólo obtiene un aseguramiento, pero con fines procesales, de tal manera que no ejerce un poder jurídico directo e inmediato sobre los bienes embargados, supuesto que éstos quedan en depósito y es el Juez quien debe hacer respetarlo. No obstante que esta es la doctrina comúnmente sustentada, tanto por los civilistas como por los procesalistas y de que expresamente la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte ha venido insistiendo en que el embargo no crea un derecho real, consideramos que el problema no se ha analizado debidamente. Hemos buscado con todo empeño las razones que expresan los autores y que también sustenta la jurisprudencia, y el resultado ha sido que en realidad no existen, hay simples afirmaciones, o bien hay pseudo razones, por cuanto que se parte de supuestos falsos. Se dice: el embargo no cambia el derecho del acreedor en un derecho real. El derecho del acreedor subsiste y tan es así que si llega el remate, se convierten los bienes embargados en dinero y el acreedor cobra; luego, su derecho en nada se ha afectado. Embargo y remate son simples trámites procesales para permitir al acreedor que se haga pago.

La tesis número 425, páginas, 795, del Apéndice al Tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación, dice lo siguiente: "Embargo, naturaleza del.—El secuestro no otorga al ejecutante, un derecho real, sobre lo embargado. Tomo LIII, Aguirre Guillermo, sucesión de. Págs. 2468. Tomo LV, Assié Leonor, págs. 251. Tomo LVII, Arce de Moreno Josefina, págs. 3008. Tomo LXI, Valenzuela Policarpo, sucesión de. Págs. 996. Tomo LXVII, Banco Nacional de Crédito Agrícola, S. A., págs. 727".

En la ejecutoria publicada en el Tomo LXIX, página 588, Junquera Rafael, se contienen las principales razones que han servido de fundamento a la jurisprudencia mencionada. Dice así la parte conducente de dicha ejecutoria: "Embargo, naturaleza del.—Las características más importantes del derecho real, son las siguientes: el poder directo e inmediato que confiere a su titular, sobre una cosa; el derecho de persecución, y el derecho de preferencia, cuando se trata, naturalmente, de los derechos reales que constituyen una garantía. Ahora bien, es indu-

dable que el embargo no concede al embargante un poder directo e inmediato sobre la cosa embargada, sino que la coloca bajo la guarda de un tercero y a disposición del juez que conoce del juicio en que se ordenó la providencia; lo que significa que la cosa embargada no se encuentra bajo el poder del embargante, sino bajo el de una autoridad judicial, que no puede considerarse siquiera como intermediario entre el embargante y la cosa, dado que es el juez y no el embargante el que puede disponer del bien secuestrado; de ahí, que el embargo deba considerarse como una institución de carácter procesal y de naturaleza sui géneris, cuyas características se relacionan con el depósito, según lo dispuesto por los artículos 2545 y 2546 del Código Civil de 1884, debiendo buscarse el origen de esta institución en lo que los romanos denominaban secuestro, y no en el pignus praetorium, o en el pignus ex judicati causa captum, que constituían, en el derecho romano, casos de seguridad o garantía real".

En nuestro concepto, aun cuando el derecho del acreedor subsiste, ello no impide que nazca un derecho real de garantía por virtud del aseguramiento, para afectar bienes determinados y para que el acreedor tenga la facultad jurídica de exigir su venta, es decir, el remate y hacerse pago. *Es decir, no se afirma que el derecho personal se convierta en real, sino que subsistiendo, se añade un derecho real de garantía.* Por lo tanto, la objeción parte de la base falsa de que el embargo crea un derecho real, y que éste substituye al personal. Ahora bien, ninguno de los que sostienen que el embargo crea un derecho real, ha pensado que se extinga el derecho de crédito y se substituya por un derecho sobre los bienes embargados para ejercer un poder jurídico directo, semejante a los derechos de aprovechamiento. Simplemente se considera que subsistiendo el crédito, dado que hay un aseguramiento, este supuesto debe producir alguna consecuencia, porque si no se negaría un principio fundamental del derecho: *ante un supuesto nuevo, debe haber una nueva consecuencia.* ¿Cuál es ésta? Crear un derecho especial sobre bienes determinados. El acreedor antes del embargo tiene una prenda tácita sobre todo el patrimonio del deudor, es decir, una posibilidad jurídica de ejecución sobre sus bienes presentes y futuros. Una vez hecho el embargo, esta expectativa se convierte en un derecho concreto sobre bienes determinados.

Las consecuencias del embargo son exactamente las mismas que las de la prenda o de la hipoteca, y es curioso que si el embargo tiene las mismas consecuencias que los derechos reales de garantía, (punto en el cual, quiéranlo o no tendrán que confesarlo los autores que niegan carácter real al embargo), se niegue. no obstante, su naturaleza real.

Ultimamente se ha reconocido en varias ejecutorias que el embargo sí crea un derecho real. Podemos citar entre otras las siguientes: "Embargos, efectos del

registro de. Los contratos que deben registrarse, no surten efectos contra terceros, mientras no hayan sido inscritos; de modo que si una compraventa se registra con posterioridad a la fecha en que se trabó embargo sobre el inmueble que se enajena, dicha venta, aunque traslativa de la propiedad para el comprador, no se puede oponer al embargante que adquirió derechos respecto del bien raíz vendido, con anterioridad; en tanto que el embargante sí puede oponer al comprador, los derechos reales que se derivan del secuestro debidamente registrado. T. LXIX. Balderas de Gagnebet Evelia y coagas. Pág. 3187 y T. LXIX. Nieves Tomasa. Pág. 4817". "Embargo cuando constituye un gravamen real. Si bien los acreedores quirografarios, no pueden considerarse como titulares de derechos reales, su condición jurídica cambia desde el momento en que registran un embargo de bienes inmuebles, lo cual da al gravamen el carácter de real, que se actualiza en el momento del registro del citado embargo. T. LXXII. Menes Ricardo. Pág. 3272".

Si se afirma que el embargo produce iguales consecuencias, que un derecho real, se llega a este absurdo: el embargo se identifica en sus efectos con la prenda y la hipoteca, pero no obstante que tiene esas mismas características reales no es un derecho real. Como si una cosa pudiese ser y no ser al mismo tiempo. Ahora bien, ¿cuáles son esas consecuencias idénticas?

Primera, por virtud del embargo se afectan al pago preferente determinados bienes, lo mismo que en la prenda y en la hipoteca, que son garantías reales para que el acreedor tenga la posibilidad de pagarse preferentemente a otros acreedores.

Segunda, por el embargo, el acreedor tiene un derecho para exigir la venta de los bienes afectados y hacerse pago preferente con el producto que se obtenga en la venta judicial. Lo mismo ocurre en la hipoteca y en la prenda. Ante el incumplimiento de la obligación, el acreedor prendario o el hipotecario tienen la facultad de exigir la venta de la cosa dada en garantía, ya sea en forma judicial o extrajudicial, según se hubiese pactado.

Tercera, debido al embargo hay la posibilidad de perseguir los bienes, si éstos, violándose el depósito judicial, pasaren a manos de tercero, y esta posibilidad es de ejecución inmediata. El juez hará respetar ese depósito que constituye todo embargo, para que si los bienes pasan a poder de un tercero que no sea el depositario, se restituyan a éste. Lo mismo ocurre en la hipoteca y en la prenda. El acreedor prendario o el hipotecario pueden perseguir los bienes dados en garantía, en manos de cualquier poseedor.

Si estas son las consecuencias idénticas, si es posible conciliar la existencia del derecho de crédito con la existencia de un derecho accesorio que venga a garantizar, simplemente por virtud del aseguramiento, el pago de la obligación, no hay ninguna razón para negar carácter

real al derecho del embargante. Es decir, podemos concluir que por la ejecución forzada el derecho personal del contratante o del acreedor en general, subsiste como derecho personal, pero se agrega una garantía real, y desde este punto de vista, sí hay un cambio, no una substitución.

Por último, tanto la jurisprudencia como los autores que niegan carácter de derecho real al que nace del embargo, dicen que el embargante no tiene facultad de uso, de goce o de disposición y que, además, se trata de una situación transitoria para llegar al remate. Esto es tanto como querer decir que el embargo no origina un derecho real de aprovechamiento, punto en el cual todo mundo está de acuerdo. El poder jurídico del embargante no es para el uso o goce de las cosas embargadas, pero existen los derechos reales de garantía en los cuales no hay poder jurídico de aprovechamiento, sólo existe un poder para exigir la venta y el pago preferente, punto éstos que coinciden con el derecho del embargante.

Por último, que la situación sea transitoria, tampoco es una razón jurídica para negar que el embargo origina un derecho real. Puede darse prenda por una hora para garantía de un préstamo, que será restituida al hacerse el pago. De manera que la temporalidad nunca ha sido ni puede ser razón para afectar la naturaleza del derecho. Hay derechos reales perpetuos y derechos reales de garantía que son temporales y dentro de la temporalidad, cabe cualquier límite. Por lo tanto, podemos concluir que el derecho de crédito, por virtud de la ejecución forzada, sufre una modificación al nacer un derecho real, merced al embargo.

3.—*Ejecución forzada.*—La obligación civil o perfecta se presenta como una relación jurídica coactiva, es decir, su incumplimiento permite la ejecución forzada; ésta puede ser obteniendo exactamente la misma prestación o una equivalente. Dependerá de la naturaleza de la prestación y de otras circunstancias, el que el acreedor pueda obtener a través de la ejecución forzada, exactamente la prestación debida o su equivalente. Podemos decir que tratándose de obligaciones de dar, cuando la cosa existe en el patrimonio del deudor y no hay una imposibilidad de hecho por ocultación, el acreedor podrá obtener, a través del embargo, que se le entregue, bien sea que se le transmita el dominio o el uso, según se haya pactado. También podrá el acreedor de una cosa obtener la restitución o el pago, si es que ésta existe en el patrimonio del deudor. Cuando ya no existe, tanto porque haya sido enajenada, es decir, hubiera pasado a poder de tercero, cuanto porque materialmente se hu-

biera consumido o perecido, habrá una imposibilidad para que el acreedor pueda obtener, a través de la ejecución forzada, la cosa debida. Se exceptúa el caso de los contratos traslativos de dominio que una vez celebrados, al transmitir la propiedad al acreedor, éste tendrá una acción reivindicatoria para perseguir la cosa en manos de tercero. Por lo tanto, el hecho de que la cosa haya salido del patrimonio del deudor por una enajenación, no será un obstáculo jurídico para que el acreedor pueda obtenerla; pero no será por la acción personal que deriva del contrato, sino por la acción real reivindicatoria, como consecuencia de su derecho de propiedad. En los demás casos, la enajenación de la cosa o el perecimiento de ella, constituyen respectivamente o un obstáculo jurídico o de hecho, para que el acreedor pueda obtener el cumplimiento exacto de la prestación. De aquí entonces la necesidad de que se resuelva este caso mediante un cumplimiento por equivalente, es decir, por un pago en dinero que vendrá a corresponder al valor en dominio, en uso, o en goce de la cosa debida, o a los daños y perjuicios causados, según sea la naturaleza del contrato. Por ejemplo: el arrendatario no obtendrá el cumplimiento del contrato, cuando el arrendador venda la cosa y ya no cumpla haciendo entrega en la fecha pactada. La acción del arrendatario sólo procederá para obtener el pago de daños y perjuicios. Por eso en las prestaciones de cosas, como también en las de hechos o de abstenciones, tenemos que distinguir la indemnización compensatoria y la moratoria. Cuando el acreedor no puede obtener exactamente la prestación debida o un equivalente, se dice que recibe una indemnización compensatoria, o sea, se calcula en dinero el importe de los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento de la obligación. No es que la indemnización compensatoria sea un equivalente en dinero de la prestación no cumplida, sino de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento; por ejemplo, en el contrato de arrendamiento no cumplido, la indemnización compensatoria no va a ser el equivalente en dinero al valor de uso o a la renta, sino al monto de los daños y perjuicios que sufra el arrendatario por no recibir la cosa en la fecha y términos convenidos. Si en un contrato de obra hay un incumplimiento por parte del dueño, la indemnización compensatoria no será el importe del precio, es decir, de lo que hubiera obtenido el constructor, sino que será el equivalente en dinero de los daños y perjuicios que sufrió por no realizar la obra. Tendrá que deducir, por ejemplo, el valor de los materiales, de la mano de obra, su propia actividad que podrá emplearse en otra construcción; de tal manera que los daños y perjuicios no podrán ser iguales al importe de la obra, que supone además otros valores.

En las obligaciones de hacer, el incumplimiento impide que la ejecución forzada se traduzca en una coacción sobre la persona del deudor, o en otras palabras, en el derecho moderno el incumplimiento de las obligaciones de hacer o no hacer, no faculta al acreedor para hacer coacción sobre la persona del deudor a efecto de obtener la prestación o abstención convenidas. El derecho romano primitivo sí permitió que el acreedor se valiera de medidas coactivas directas sobre la persona del deudor, podía privarlo de la libertad, someterlo a trabajos forzados, incluso golpearlo para obligarlo a cumplir. Pero en el derecho clásico romano, ya no se permitió la ejecución sobre la persona del deudor, sino exclusivamente respecto a su patrimonio. Ahora bien, la ejecución patrimonial se traduce siempre en un equivalente en dinero de la obligación de hacer o de no hacer incumplidas. Permite, no obstante, nuestro Código Procesal Civil, dos formas a través de las cuales se puede lograr en la vía de apremio la prestación exacta; la primera mediante la sus titución del deudor por un tercero, cundo el hecho sea susceptible de realizarse por otro, por ejemplo, el trabajo del carpintero o del mecánico. A costa del obligado se ejecutará el trabajo por un tercero, porque el acreedor exige no un pago en dinero, sino que se realice el hecho. En aquellos casos en que no sea posible la sustitución, porque la obligación de hacer dependa de conocimientos especiales del obligado, de aptitudes también insustituibles, entonces necesariamente tendrá que resolverse por el pago de una suma de dinero. La segunda forma comprende los medios de apremio que permite el Código Procesal para obligar al deudor a que ejecute el hecho, sin hacer coacción directa sobre su persona; pero sí cabe, por ejemplo, la multa y en ciertos casos el arresto. Si el medio de apremio resulta insuficiente, porque el deudor destruya la cosa, por ejemplo, el acreedor tendrá que convertir su derecho a la prestación, en un derecho a una suma de dinero; es decir, volvemos al caso en el cual no hay cumplimiento exacto, sino por equivalente; aquí el Código Procesal Civil dispone que en un incidente especial de ejecución de sentencia y ante la imposibilidad de obtener el hecho, el acreedor regule los daños y perjuicios. Se dará vista a la parte contraria y el juez resolverá, moderándolos prudentemente. En materia de contratos los preceptos del Código Civil disponen que el perjudicado en un contrato tendrá acción para exigir el cumplimiento o rescisión del mismo y, en uno y otro caso, el pago de daños y perjuicios. En este sentido, el Código de 1884 tiene una regla que ya no reproduce el vigente, decía: Todo perjudicado en un contrato tendrá acción para exigir el cumplimiento o la rescisión, más el pago de daños y perjui-

cios. El precepto era general para todo contrato, unilateral o bilateral, oneroso o gratuito. En cambio, el Código vigente reproduce la misma regla, pero referida sólo a los contratos bilaterales. Dice el artículo 1949 que en las obligaciones recíprocas, el perjudicado tiene acción para exigir el cumplimiento o rescisión del contrato. Evidentemente que esta limitación no significa que sólo en los contratos bilaterales el perjudicado tenga la acción de cumplimiento o de rescisión, con pago de daños y perjuicios, en ambos casos. Del sistema del Código vigente se desprende que el perjudicado en cualquier contrato tiene las dos acciones indicadas.

CAPITULO IV

Clasificación de las Fuentes de las Obligaciones

1.—*Ideas generales.*—Existe actualmente la tendencia a simplificar la clasificación de las fuentes de las obligaciones. En la doctrina francesa podemos considerar como clasificaciones dualistas las que proponen Planiol y Bonnecase, a que después nos referiremos. En otros autores encontramos la tendencia contraria, consistente en enumerar distintas fuentes autónomas, sin comprender que las mismas quedan incluidas en una clasificación más general, que se funde en grandes grupos.

2.—*Clasificación dualista de Planiol.*—Este autor parte de la base de que las obligaciones sólo pueden ser creadas por la ley o por el contrato. Consideró que cuando las partes no crean libremente sus derechos y obligaciones mediante el contrato, es la ley la que interviene, tomando en cuenta un hecho jurídico determinado, para crear distintas consecuencias de derecho. Dice así el mencionado jurista francés: "Hablando propiamente, todas las obligaciones se derivan únicamente de dos fuentes: el contrato y la ley.

En el contrato la voluntad de las partes crea la obligación; es ella su fuerza creadora y la que determina, a la vez, su objeto y extensión; el legislador solamente interviene para sancionar la obra de las partes, concediéndoles una acción, o para vigilarla, estableciendo límites a su libertad, por medio de prohibiciones y nulidades.

En ausencia de un contrato, la única causa del nacimiento de las obligaciones es la ley; si el deudor está obligado, no es porque lo haya

querido; ni siquiera ha pensado en ello, y aun cuando lo hubiera querido, su voluntad sería impotente para obligarlo, puesto que, por hipótesis, estaría aislada y no respondería a la de su acreedor; si la obligación existe, se debe únicamente a que el legislador lo quiere. En consecuencia, la fuente de todas las obligaciones no convencionales es la ley; son obligaciones legales.

Solamente que esta voluntad del legislador nunca es arbitraria y caprichosa; cuando crea una obligación, hay siempre, en la persona del acreedor o en su patrimonio, una circunstancia que hace necesaria su creación y que consiste en una lesión injusta que sufre y que se trata de evitar, si aun es futura, o de reparar si ya se realizó.

Este punto no necesita demostrarse tratándose de los delitos ni de los cuasidelitos; por su misma definición unos y otros suponen una lesión injusta ya causada a un tercero. Lo mismo acontece respecto a los cuasicontratos; se verá que se reducen todos a la idea de un enriquecimiento sin causa; ahora bien, si existe un enriquecimiento para una persona, necesariamente hay una lesión para otra. Estos tres grupos de hechos forman la categoría de las obligaciones que nacen de un perjuicio realizado.

En cuanto a aquéllos cuya causa es el temor de un perjuicio futuro, comprenden todas las obligaciones llamadas "legales" en la clasificación corriente". (Tratado Elemental de Derecho Civil, Las Obligaciones, traduc. de José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, págs. 488 y 489).

3.—*Crítica a la tesis de Planiol.*—En el sistema propuesto por Planiol, tendrá que reconocerse que en el último término es la ley la única fuente de obligaciones, pues el contrato produce sus consecuencias jurídicas, en tanto y cuanto la ley las autoriza y reconoce. Desde el punto de vista general de la dinámica jurídica que explica cómo se actualizan y producen las consecuencias de derecho, será preciso reconocer que tanto el contrato como los hechos jurídicos en general, son simples acontecimientos cuya función se concreta a realizar la hipótesis normativa para que se produzcan las consecuencias de derecho. Ahora bien, tanto el hecho como el acto jurídicos cumplen exactamente el mismo papel, pues los supuestos de derecho se realizan precisamente a través de hechos o de actos jurídicos. El contrato es uno de tantos actos jurídicos y, por tal motivo, no puede ser destacado para ocupar una situación privilegiada en la clasificación de las fuentes de las obligaciones. El error de Planiol se debe a que en el contrato la ley ha reconocido una mayor libertad de acción que en los otros actos jurídicos, pero no debe olvidarse que no

es el contrato por sí mismo, sino la ley la que permita esa mayor autonomía. No es que los contratantes estén dotados de una autonomía originaria para poder crear libremente derechos y obligaciones por su exclusiva voluntad. Los contratantes gozan de una autonomía delegada por la ley, y en la medida en que ésta lo determine. En consecuencia, la misma razón que encuentra Planiol para considerar que las demás fuentes pueden reducirse a la ley, tendría que invocarse para incluir también el contrato.

4.—*Clasificación de Bonnecase.*—Este jurista, siguiendo su tesis general respecto a la función del hecho y del acto jurídicos, considera que las dos únicas fuentes de las obligaciones son respectivamente el hecho jurídico y la ley y el acto jurídico y la ley. Se expresa así:

"Ya explicamos en el tomo I, núm. 1235 y siguientes, que el acto y el hecho jurídicos tienen sólo una función: poner en movimiento una regla de derecho o una institución jurídica. Precisamos también que esta noción era idéntica, con la salvedad de que mientras el autor del acto jurídico tiende directamente y en forma reflexiva a la aplicación de una regla de derecho, el autor del hecho jurídico la sufre. Pero la función así considerada, del acto y del hecho jurídicos, es una función inmediata e invariable. Además de esta función, rigurosamente necesaria y abstracta, tienen funciones mediatas y contingentes que se traducen por el nacimiento de diversas situaciones jurídicas".

"Al mismo tiempo, estamos obligados a declarar que las obligaciones, ya se deriven de actos o de hechos jurídicos, encuentran su origen en la ley, erigida por tanto en fuente suprema de las obligaciones".

"Se hace bien al considerar la cuestión en todos sus aspectos; siempre se encontrará la ley, en el sentido amplio del término, como origen de los efectos del acto y del hecho jurídicos. Por tanto, el mecanismo jurídico constituido por estas dos nociones técnicas, tiene por objeto inmediato la aplicación de la ley, sin que pueda tener otro. Las situaciones jurídicas que de ella se derivan son sus consecuencias mediatas, ya se trate de obligaciones o de derechos reales". (Elementos de Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones, de los Contratos y del Crédito, traduc. de José M. Cajica Jr. Puebla, 1945, págs. 399 y 401).

5.—*Clasificaciones de distintos autores.*—Baudry-Lacantinerie (t. II, núm. 790 y s. ed. Binet) distingue en su Précis de Droit Civil como fuentes de las obligaciones, las siguientes: 1. El contrato; 2. La declaración unilateral de voluntad y 3. La ley. No acepta la clasificación tradicional que siguiendo al Código Civil francés distingue: El contrato, el

cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley. Considera expresamente que debe aceptarse como fuente especial la declaración unilateral de voluntad del deudor, "puesto que es la única que nos parece explicar, en una forma satisfactoria, cierto número de obligaciones indiscutiblemente válidas, como las que nacen de las disposiciones testamentarias, de las ofertas hechas por el adquirente de un inmueble hipotecado a los acreedores inscritos (art. 2184), las promesas de gratificar a quien encuentre tal objeto perdido, las obligaciones suscritas en la forma de títulos al portador, etc. Por otra parte, se justifica teóricamente por la idea de que en definitiva, es la voluntad del obligado la que, aun en las obligaciones contractuales, crea su obligación, pues la otra parte se limita a aceptarla y a aprovecharse de ella".

Colin y Capitant (7a. ed., t. II, núm. 6) distinguen las siguientes fuentes de las obligaciones: 1. Contrato; 2. Promesa unilateral; 3. Actos ilícitos; 4. Enriquecimiento injusto y 5. Gestión de negocios. Estos autores se caracterizan por rechazar la idea del cuasicontrato y del cuasidelito. Comprenden bajo la denominación general de actos ilícitos, los delitos y cuasidelitos y en cuanto a los cuasicontratos, prefieren distinguir como fuentes autónomas el enriquecimiento injusto y la gestión de negocios.

Demogue en su Traité des Obligations en Général, distingue como fuentes el contrato, la voluntad unilateral del deudor, el delito y cuasidelito, y el cuasicontrato. Este autor estima necesario conservar, a pesar de la crítica, el concepto de cuasicontrato, porque responde a una realidad que el desarrollo de las ideas individualistas ha obscurecido por mucho tiempo. Admite que las nociones de delito y cuasidelito pueden quedar comprendidas en la denominación general de hechos ilícitos.

6.—*Clasificaciones de nuestros Códigos Civiles.*—Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 distinguieron las siguientes fuentes: 1. El contrato; 2. El pago de lo indebido; 3. La gestión de negocios; 4. Los hechos ilícitos (sin emplear la denominación de delitos y cuasidelitos) y 5. Otros hechos jurídicos que se encuentran reconocidos en el articulado de dichos códigos. Se separaron esos ordenamientos del Código Napoleón, en que, en lugar del cuasicontrato, mencionaron como fuentes el pago de lo indebido y la gestión de negocios, y en vez de los delitos y cuasidelitos, trataron en general de los hechos ilícitos.

El Código Civil vigente comprende las siguientes fuentes: 1. Contrato; 2. Declaración unilateral de voluntad; 3. Enriquecimiento ilegítimo; 4. Gestión de negocios; 5. Actos ilícitos y 6. Riesgo profesional.

7.—*Clasificación que proponemos.*—Siguiendo a Bonnecase, consideramos que las únicas fuentes de obligaciones son respectivamente el hecho jurídico y la ley y el acto jurídico y la ley. Comprendemos dentro de la noción general de los hechos jurídicos, los estados jurídicos, como situaciones permanentes que vienen a condicionar un estatuto legal, para producir múltiples consecuencias de derecho, entre las que pueden encontrarse, en ocasiones, las relativas a la creación de obligaciones.

Tiene interés clasificar los distintos hechos y actos jurídicos, pues el valor de la distinción bipartita señalada por Bonnecase, perdería gran parte de su importancia, si no se hace una correcta subdivisión que presente un cuadro general de los distintos hechos y actos jurídicos.

Presentamos al efecto el siguiente *cuadro general de clasificación*:

Actos jurídicos

1.—Contrato. 2.—Testamento. 3.—Declaración unilateral de voluntad. 4.—Actos de autoridad (sentencia, secuestro, adjudicación, remate y resoluciones administrativas).

Hechos jurídicos

a).—*Hechos naturales*: 1.—Hechos simplemente naturales. 2.—Hechos naturales relacionados con el hombre.

b).—*Hechos del hombre*: 1.—Hechos voluntarios lícitos: Gestión de negocios, enriquecimiento sin causa y responsabilidad objetiva. 2.—Hechos voluntarios ilícitos: Delitos dolosos, delitos culposos, incumplimiento de las obligaciones, culpa contractual en sentido estricto, recepción dolosa de lo indebido, abuso del derecho, posesión de mala fe y accesión artificial de mala fe. 3.—Hechos involuntarios. 4.—Hechos contra la voluntad.

SEGUNDA PARTE

SUPUESTOS Y CONSECUENCIAS DE CREACION DE LAS OBLIGACIONES

(Fuentes de las Obligaciones)

TITULO I

EL CONTRATO COMO ACTO JURIDICO CREADOR DE OBLIGACIONES

CAPITULO I

El Consentimiento como Elemento Esencial del Contrato

1.—*Elementos del contrato.*—Ya hemos indicado en el tomo I cuáles son los elementos del acto jurídico. Aplicaremos dicho análisis al contrato, por ser éste el acto jurídico por excelencia. Seguiremos al efecto la distinción que ya hicimos respecto a elementos esenciales o de existencia, y elementos de validez.

En el contrato encontramos, según nuestro Código vigente, perfectamente diferenciados los elementos esenciales de los de validez. Conviene primero hacer referencia al Código francés que inspira nuestra legislación, para advertir la evolución que técnicamente se opera en la doctrina, partiendo de la clasificación que en un principio presentaron los códigos del siglo pasado, a fin de no incurrir en la confusión que en estos propios códigos se lleva a cabo entre elementos esenciales y de validez.

"Los romanistas alemanes anteriores a Savigny: Thibaut, Heisse, Muhlenbruch, Mackeldey y otros, bajo la influencia del derecho romano, reservaron el nombre de contrato a las convenciones creadoras de obligación, y lo negaron a aquéllas que tienen por objeto extinguirlas o modificarlas.

En Francia, Domat, Pothier y posteriormente al Código Napoleón, Toullier, Durantón, Marcadé, Demolombe, Planiol, Baudry Lacantinerie y Barde, sostienen lo mismo. Ultimamente, Esmein en la obra de Planiol y Ripert, y Josserand, se muestran partidarios del sostenimiento de esta distinción, no tanto por precisión del lenguaje, cuanto por razones técnicas. La capacidad de contratar, por ejemplo, dice Esmein, en el sentido propio de la palabra, es decir, de hacer nacer derechos de crédito o de asumir obligaciones, no es la misma que se requiere por la ley para participar en una convención transmisiva de crédito, como la cesión, o extintiva de obligaciones, como el pago o la remisión de deuda.

Savigny, sin embargo, definió el contrato del derecho moderno, como "un acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas"." (Luis de Gásperi, Tratado de las Obligaciones, Buenos Aires, 1945, v. I, pág. 296).

En el Código Napoleón se enumeran como elementos del contrato, los siguientes: 1o.—El consentimiento. 2o.—El objeto. 3o.—La capacidad. 4o.—La causa lícita. Se mezcla un elemento de validez, como es la capacidad, con dos elementos esenciales como son el consentimiento y el objeto y, además, se hace figurar un elemento discutible en el acto jurídico que se llama "causa".

"Según el artículo 1108 del Código civil, cuatro condiciones son necesarias para la formación de una convención válida; se requiere:

1o.—El consentimiento de la parte que se obliga;

2o.—Su capacidad para contratar;

3o.—Un objeto cierto que constituya la materia de la obligación; y,

4o.—Una causa lícita en la obligación.

En esta enumeración el Código confunde dos categorías de condiciones:

a).—Las condiciones de existencia, necesarias para que el contrato nazca;

b).—Las condiciones de validez, necesarias para que esté exento de vicios.

Es interesante distinguir estas dos categorías de condiciones, pues sus sanciones no son las mismas". (G. Marty, Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, traduc. de José M. Cajica, Jr., Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1952, t. I, pág. 46).

Marty considera que la causa es un elemento esencial en el contrato. Dice así: "Condiciones de existencia de los contratos.—Son tres:

1o.—El consentimiento; 2o.—El objeto; 3o.—La causa". (G. Marty, ob. cit., t . I, pág. 47).

Al tratar de la causa determinaremos si en nuestro derecho es o no un elemento del contrato y en caso afirmativo, si debe ser considerado como un elemento esencial o de validez.

En el Código de 1884 se mencionaban como elementos del contrato, el consentimiento, el objeto, la capacidad y la forma. Decía al efecto el artículo 1279 de ese ordenamiento: "Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: I.—Capacidad de los contrayentes; II.—Mututo consentimiento; III.—Que el objeto material del contrato sea lícito; IV.—Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley".

En el Código Civil vigente se hace una clasificación de estos elementos, distinguiendo como esenciales, el consentimiento y el objeto posible; y como de validez, la capacidad, la forma, la ausencia de vicios del consentimiento y la licitud en el objeto, motivo, fin o condición del contrato. Dicen en este sentido los artículos 1794 y 1795: "Para la existencia del contrato se requiere: I.—Consentimiento; II.—Objeto que pueda ser materia del contrato". "El contrato puede ser invalidado: I.—Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II.—Por vicios del consentimiento; III.—Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito; IV.—Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece".

Después de hecha esta clasificación, conviene afirmar categóricamente que desde un punto de vista estrictamente jurídico, no deben confundirse los elementos esenciales con los elementos de validez en el acto jurídico o en el contrato. Por tanto, seguiremos la clasificación que formula el Código vigente, estudiando primero los elementos de existencia y después los de validez.

2.—*Definición del consentimiento.*—El consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones. En los convenios, *lato sensu,* el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos. Todo consentimiento, por tanto implica la manifestación de dos o más voluntades, y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico.

Luis de Gásperi, Tratado de las Obligaciones, v. I, Buenos Aires, 1945, págs. 294 y 295.

Roberto de Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, t. II, pág. 278, Madrid, 1931.

El consentimiento, dada su naturaleza, se forma por una oferta o policitación y por la aceptación de la misma. Como es el acuerdo de dos o más voluntades, necesariamente una voluntad debe manifestarse

primero y es la oferta o policitación; es decir, que una parte propone algo a la otra respecto a un asunto de interés jurídico. La aceptación implica la conformidad con la oferta.

Enneccerus, Tratado de Derecho Civil, t. I, v. II, pág. 152.

El proceso psicológico que precede a la formación de un contrato comprende la discusión de la oferta y de la aceptación, toda vez que no siempre la oferta es aceptada lisa y llanamente, sino que la aceptación puede darse en forma condicional o introduciendo modificaciones. Si la oferta no es aceptada en los términos en que se haya hecho, desde el punto de vista jurídico, el oferente no está obligado a mantenerla. Si el contrato es entre presentes, la oferta debe aceptarse inmediatamente; si es modificada, el oferente no tiene obligación de sostenerla. Si el contrato es entre ausentes, la respuesta condicional o que entraña alguna modificación, libera también al oferente de sostener la oferta.

En el mecanismo de la formación del consentimiento entre presentes, la discusión que se sostiene entre las partes, permite que la oferta sufra modificaciones, de tal manera que aunque el oferente no está obligado a sostenerla, por su propio interés acepta esas modificaciones y se llega a un consentimiento.

3.—*Ausencia del consentimiento.*—Cuando el consentimiento no existe, falta al contrato un elemento esencial y, por tanto, es inexistente. Tal parece que es absurdo suponer, desde el punto de vista jurídico y práctico, este problema de la ausencia del consentimiento, y difícil parece imaginar ejemplos en los que pueda existir un aparente contrato sin consentimiento. Sin embargo, tiene interés no sólo teórico, sino práctico, abordar este problema, porque tenemos casos en que existe una apariencia de consentimiento que motiva la inexistencia del contrato. Esto ocurre en los siguientes supuestos: 1o.—Cuando las partes sufren un error respecto a la naturaleza del contrato. 2o.—Cuando sufren error respecto a la identidad del objeto. 3o.—En los contratos simulados.

Primer caso: Cuando las partes sufren error sobre la naturaleza del contrato, propiamente no hay consentimiento, porque una parte cree, por ejemplo, vender, y la otra cree recibir en donación la cosa.

Segundo caso: Este se presenta cuando hay error sobre la identidad del objeto, y ocurre generalmente respecto de cosas semejantes.

Tercer caso: Se presenta en la simulación absoluta de contratos. Existe la simulación absoluta cuando las partes declaran falsamente lo que en realidad no han convenido ni quieren que se lleve a cabo. De

manera que hay un acto aparente en el que falsamente declaran su voluntad, y un acto secreto en el que se dice que aquella manifestación de voluntad no es real; que simplemente se realiza para los terceros, pero no para los contratantes.

En el contrato simulado hay entonces sólo un consentimiento aparente; pero demostrado el acto secreto, viene por tierra ese consentimiento aparente y, por lo tanto, tenemos la inexistencia del contrato.)

Enneccerus, ob. cit. t. I, v. II, págs. 178 y 179.

4.—*Formación del consentimiento entre presentes y ausentes.*—Hemos dicho que el consentimiento se forma por el acuerdo de voluntades sobre un punto de interés jurídico; si los contratantes se encuentran presentes, el contrato se forma en el momento en que el aceptante da su conformidad a la oferta que le hace el policitante. Esta conformidad debe ser lisa y llana, pues si implica modificación, el policitante queda desligado y entonces el aceptante se convierte en oferente en cuanto a la modificación propuesta, y el oferente se convierte en posible aceptante respecto a esa modificación.

Estando las personas presentes se estatuye por el Código Civil que si el aceptante no manifiesta su conformidad en el acto mismo en que se le hace la oferta, queda el oferente desligado, a menos que le haya concedido un plazo para otorgar la aceptación.

En el Código vigente se considera que durante todo el tiempo concedido como plazo para la aceptación, el oferente no puede retirar su oferta, y si pretende hacerlo su retractación no surte efectos legales; que en tal virtud, aun cuando la retire durante el plazo, si la otra parte acepta, el contrato se ha formado y tendrá acción para exigir el cumplimiento, y no simplemente el pago de daños y perjuicios como ocurría en el Código de 1884.

Se presenta el problema del contrato celebrado por teléfono. En la doctrina se considera que éste, para los efectos jurídicos, es un contrato entre presentes, porque existe la misma posibilidad material de discutir en el mismo acto de oferta y la aceptación, tal como si los contratantes estuviesen materialmente el uno frente al otro. En el Código de 1884 no existía disposición para los contratos celebrados por teléfono, pero según la doctrina y la jurisprudencia se aplicaban las reglas del contrato entre presentes. De manera que si no se aceptaba la oferta en el mismo momento en que se hacía, cuando no se concedía un plazo, el oferente quedaba desligado.

El Código Civil vigente resuelve en el mismo sentido lo relativo a contratos por teléfono, según se desprende de la parte final del artículo 1805, ya antes transcrito.

"*Contrato por teléfono.*—Las palabras y el consentimiento son llevados al co-contratante personalmente y en la práctica con la misma rapidez que entre presentes, por lo que estos contratos son, desde el punto de vista del tiempo empleado en celebrarlos, entre presentes; pero, desde el punto de vista del lugar en que se celebran, entre ausentes. El contrato por teléfono es válido y puede ser probado en los mismos casos y en las mismas condiciones que los contratos verbales. El uso de confirmar por correo los contratos hechos por teléfono no impide que el concurso de los consentimientos sea creador de las obligaciones. Sin embargo, debido a la ausencia de testigos que hayan oído a las partes, si no media la confirmación por carta y en caso de negación, solamente la aceptación tácita o bien el silencio permitirán establecer la existencia de la obligación". (Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, t. VI, págs. 212 y 213, La Habana, 1946).

5.—*Contratos entre ausentes.*—Estos contratos presentan un problema desde el punto de vista jurídico en cuanto al momento en que el contrato se entiende celebrado, y tiene gran interés determinar ese momento por lo que se refiere a la ley aplicable y al problema de los riesgos.

Entre ausentes pueden presentarse, cuando contratan, cuatro momentos posibles, según la doctrina y las legislaciones, para la formación del contrato. Estos cuatro momentos corresponden a su vez a cuatro sistemas que sucesivamente se presentan en la formación del consentimiento, denominados respectivamente de la *declaración, expedición, recepción e información.* En el primero, el contrato se forma, cuando el aceptante *declara* su conformidad con la oferta; en el segundo, cuando *expide* la contestación afirmativa (deposita la carta o telegrama en la oficina respectiva); en el tercero, hasta que el oferente *recibe* la conformidad del aceptante y el cuarto hasta que se *informa* de la misma.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. VI, págs. 210 a 212.

6.—*Sistema mexicano.*—Nuestros Códigos aceptan el tercer sistema o sea el de la *recepción.* De acuerdo con el mismo, el contrato se forma hasta el momento en que el oferente recibe en su domicilio la carta o telegrama que contiene la aceptación.

Se considera en este sistema que no basta que el aceptante deposite en el correo su contestación, porque el oferente no sabe si existe o no aceptación alguna, ya que pueden existir causas ajenas a la vo-

luntad de las partes que impidan llegar la contestación al oferente. Puede extraviarse, por ejemplo, la carta, o sufrir una demora por un trastorno en las comunicaciones, y sería entonces injusto ligar al oferente desde el momento de la expedición de la carta, si ésta, por causas ajenas a su voluntad, no llega a su poder e ignora durante algún tiempo que se encuentra ya obligado a sostener ciertos precios o condiciones desde determinado momento, que es el de la expedición, que desconoce en lo absoluto.

Sostiene esta teoría, desde un punto de vista jurídico, que para que haya consentimiento no basta con que haya acuerdo de voluntades, sino que debe existir la posibilidad física de que ese acuerdo se conozca. En los dos sistemas anteriores (el de la declaración y el de la expedición), basta el acuerdo, aunque no exista la posibilidad material de que las partes recíprocamente sean conscientes y conocedoras de ese acuerdo. En la teoría de la recepción se sostiene que desde el punto de vista jurídico, para que haya consentimiento, el oferente debe estar en condiciones materiales de conocer la respuesta dada a su policitación, y que la única forma material de que lo esté, es determinando que el contrato se celebra cuando reciba la contestación.

No quiere esta doctrina que el oferente conozca la contestación; basta con que reciba la carta o telegrama, aun cuando se halle ausente, o aun cuando se pierda esa carta o telegrama en el domicilio del oferente, pues tuvo la posibilidad física de conocer la respuesta y serán imputables al oferente las causas que posteriormente, por culpa suya o de sus empleados, o por ausencia o morosidad, no le permitieron conocer la respuesta.

También desde el punto de vista práctico existe la posibilidad de justificar el momento en que se recibió la carta o telegrama.

7.—*Retractación de la oferta en los contratos celebrados por correspondencia.*—Según el Código de 1884, el oferente podía retractarse antes de que transcurriera el plazo legal o el que hubiere concedido, pero si lo hacía, la consecuencia jurídica solamente consistía en indemnizar al aceptante de los daños y perjuicios causados con motivo de la retractación. Es decir, no era un sistema completo de formación del contrato atendiendo al momento de la recepción, por cuanto que dentro de este sistema, el oferente debe quedar ligado durante el plazo legal o el estipulado, hasta que reciba la contestación, y no es válida la retractación de la oferta, de tal manera que se considera a éste inoperante si se hace antes de que transcurran esos plazos.

En cambio, dentro del sistema de los Códigos de 1870 y de 1884, se permitía la retractación de la oferta. En cuyo caso ya el contrato no se celebraba, y simplemente se daba acción al aceptante, si había sufrido daños y perjuicios, para exigir una reparación de los mismos; pero no se le daba acción para exigir el cumplimiento del contrato, no obstante que hubiera aceptado dentro del plazo legal o convencional.

De Gásperi, ob. cit., v. I, pág. 303.

En cambio, en el Código vigente, cuando el oferente concede un plazo o bien cuando la ley lo señala para los contratos entre ausentes, la retractación de la oferta es inoperante, es decir, a pesar de que el oferente la retire, el aceptante tiene acción judicial para exigir el cumplimiento del contrato, si dio su conformidad dentro del plazo legal o convencional.

Este es un sistema completo que atiende al momento de la recepción para la formación del consentimiento en los contratos por correspondencia. Ya no tiene el aceptante acción de daños y perjuicios supeditada a la condición de que esos daños se hayan causado, sino que tiene una acción mejor, consistente en exigir el cumplimiento del contrato, o si prefiere, dada la retractación, exigir la rescisión del mismo con el pago de daños y perjuicios; pero en el caso de cumplimiento o de rescisión, el contrato se ha formado, no obstante que el oferente se retractó.

En el Código vigente dice el Art. 1804: "Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada, por su oferta hasta la expiración del plazo". En qué términos queda ligada, nos lo dicen los artículos 1805, 1806 y 1807.

8.—*Muerte del oferente antes de recibir la aceptación y efectos jurídicos que se presentan.*—Desde el Código de 1870 se ha admitido en nuestro derecho, siguiendo al Código portugués y separándonos del de Napoleón, que cuando el oferente muera antes de recibir la aceptación, y este hecho lo desconozca el aceptante, los herederos están obligados a sostener la oferta, de tal manera que el contrato se forma a pesar de que en el momento de la recepción ya no exista el oferente. Este sistema considera que aun cuando el contrato no se ha formado cuando el oferente muere, sus herederos deben responder de sus obligaciones; que en la oferta existe ya una declaración unilateral de voluntad que liga al oferente por ese simple hecho y que engendra una obligación a su cargo, consistente en mantenerla durante el plazo legal o convencional; por lo tanto, si muere, esta situación jurídica no debe sufrir cam-

bio, ya que los herederos responden de las relaciones jurídicas activas o pasivas del de cujus y así como existe la transferencia de los derechos patrimoniales que no se extinguen con la muerte, debe existir también la transferencia de esta obligación que tiene el oferente y que pasa a sus herederos para mantener la oferta hasta el momento en que legalmente se encuentra obligado por el transcurso del plazo convencional o legal. Dice el Art. 1809 del Código vigente: "Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuera sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquél obligados a sostener el contrato".

Refiriéndose al caso de muerte o incapacidad del oferente, se expresa así Enneccerus:

"De igual modo, la muerte o la incapacidad del oferente antes de la aceptación no impiden, por lo regular, la perfección del contrato en virtud de una aceptación que llega al heredero o al representante, a no ser que, dadas las circunstancias y en particular dado el contenido de la oferta, haya que suponer "una distinta voluntad del oferente" (Art. 153), por ejemplo, en el ofrecimiento de unas lecciones o de la concesión de determinados objetos que evidentemente sólo se hace para el uso personal, o bien si el contrato que hubiera de concluirse se extinguiera con la muerte". (Enneccerus, ob. cit., t. I, v. II, pág. 158).

9.—*¿Cuál es la fuente jurídica de la obligación que existe en el oferente para sostener su oferta durante el plazo legal o convencional?.*— Nuestros Códigos de 1870 y 1884, al disponer que el oferente debía responder de los daños y perjuicios que causara si hubiere retractación de la oferta durante el plazo legal o convencional, consagraban una obligación nacida antes del contrato. Por lo tanto, debe estudiarse cuál era la fuente de esa obligación que nacía antes de que el contrato se formara, porque justamente la hipótesis era la de que el contrato no llegaba a formarse, debido a que el oferente se retractaba durante el plazo.

Borja Soriano opina que en esta materia no debe seguirse la doctrina moderna de la declaración unilateral de voluntad, porque los Códigos de 1870 y el de 1884 aún no aceptaban dicha fuente de obligaciones, y sí en cambio reconocían, que en este caso, había una obligación que no nacía del contrato. Prefiere Borja Soriano, siguiendo al Código portugués y a los comentadores de este Código, fundar la obligación de indemnizar en la existencia de un hecho ilícito consistente en la retractación, que implica una actitud indebida del oferente, que si bien no supone dolo, por lo menos implica culpa, al no prever las consecuencias que por su oferta iba a engendrar, originando gastos en el aceptante para después retirarla antes del plazo. Dice Borja Soriano

que como estos preceptos los tomamos del Código portugués, en una época en que aún no se aceptaba la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, es preferible seguir a los autores portugueses como Cunha Gonçalves y Moreira, quienes explican la existencia de la obligación de indemnizar, por un hecho ilícito.

"Sobre este punto existen tres teorías:

1).—La teoría clásica formulada por Demolombe, que es la del pre-contrato tácito. No cabe duda que en las hipótesis que consideramos no hay un pre-contrato expresamente celebrado, como en los casos de la promesa unilateral de venta. Pero cuando el policitante ofrece un plazo, expresa o tácitamente, hace una oferta exclusivamente en beneficio del destinatario. Este último la acepta tan pronto como la conoce, ya que nada le cuesta esto y le da tiempo para reflexionar sobre la oferta principal.

De esta manera el carácter obligatorio de la oferta para el policitante se explica por un pre-contrato tácito.

Esta teoría es ingeniosa, pero artificial. Se basa en voluntades presuntas cuya existencia real nada permite afirmar (v. sin embargo, ep. 29 Mar. 1938, D. 39. 1:5 nota Voirin, precitada, sobre el valor del silencio como aceptación, cuando la oferta se hace en interés de su destinatario; v. igualmente en el mismo sentido Colmar, 4 Feb. 1936, D. H. 1936, pág. 187).

Puede dirigirse la misma objeción a la teoría aparentemente diferente, pero en el fondo vecina, de Jhering que basa la responsabilidad de la retractación intempestiva de la oferta, en la supuesta promesa de cierta diligentia in contrahendo, promesa que estaría incluida en todas las discusiones que preceden a los contratos.

2).—Una segunda teoría, inspirada en concepciones alemanas y adoptada por Colin y Capitant o Savatier, apela a la idea de compromiso por voluntad unilateral.

La oferta es obligatoria para el policitante, y éste está obligado a mantenerla, porque a ello se ha obligado por la voluntad que él mismo ha expresado. Trátase de un ejemplo de la aplicación en el derecho francés, de la teoría alemana de la obligación por voluntad unilateral.

En el título siguiente, a propósito de las fuentes extracontractuales de las obligaciones, encontraremos nuevamente la cuestión de la voluntad unilateral. Veremos que en derecho francés no puede admitirse que la voluntad unilateral tenga el poder de crear obligaciones, por lo menos si no hay ley expresa.

3).—La verdadera explicación del carácter obligatorio de la oferta para el policitante, cuando no hay pre-contrato expreso, debe buscarse en el terreno de la responsabilidad civil.

Quien se retracta de una oferta cuando él mismo había fijado un plazo, quien la retira intempestiva y bruscamente, comete una culpa que compromete su responsabilidad en términos del artículo 1382 del Código civil.

Si la retractación causa un perjuicio al destinatario de la oferta este último podrá obtener la reparación, la que consistirá ya sea en el pago de los daños y perjuicios, ya en el cumplimiento del contrato ofrecido si puede obligarse a ello al oferente. Esmein objeta que de esta manera nos veríamos conducidos a admitir la responsabilidad del incapaz que retira su oferta, en tanto que el contrato hubiera sido nulo de haberse formado. Pero puede responderse que en ninguna culpa

se incurre al retirar una oferta que sólo podía conducir a un contrato nulo". (G. Marty, ob. cit., t. I, págs. 59, 60 y 61).

Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones, México, 1939, t. I, págs. 181 y 182.

En el derecho alemán se considera que la oferta tiene una fuerza vinculante por la declaración unilateral de voluntad del oferente, de tal manera que la retractación de la misma es inoperante. El artículo 319 del Código de Comercio alemán, inspiró al Código Civil en el sentido anteriormente indicado.

Enneccerus, ob. cit. t. I, v. II, págs. 157 y 158.

En el Código vigente podemos fundarnos en el sistema llamado de la declaración unilateral de voluntad, por dos razones: 1a.—Porque en él, la retractación de la oferta es inoperante, de manera que la obligación de celebrar el contrato existe y no puede producir ningún efecto esa retractación; 2a.—Porque ya el Código actual acepta el sistema de la declaración unilateral de voluntad, y los autores modernos, al comentar esta obligación del oferente y esta retracción inoperante, consideran que la obligación ha nacido de una simple declaración de voluntad. Es decir, cuando el oferente manifiesta su voluntad de obligarse y concede un plazo o en su silencio la ley lo impone, es por su propia manifestación de voluntad, antes de que haya contratado, como ha nacido una obligación a su cargo, consistente primero en mantener la oferta durante todo el tiempo estipulado y, segundo, en verse obligado a celebrar el contrato y a cumplirlo a pesar de que retire su oferta.

CAPITULO II

El Objeto como Elemento Esencial del Contrato

1.—*Objeto directo e indirecto en los contratos.*—El objeto en el contrato no es la cosa o el hecho. Estos son los objetos indirectos de la obligación, pero como el contrato la crea y ésta tiene como objeto la cosa o el hecho, la terminología jurídica, por razones prácticas y de economía en el lenguaje ha confundido, principalmente en los códigos, el objeto de la obligación con el objeto del contrato. De esta manera nos dice el Código Civil vigente en su artículo 1824: "Son objeto de los contratos:

I.—La cosa que el obligado debe dar; II.—El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

Desde el punto de vista doctrinario se distingue el objeto directo que es crear o transmitir obligaciones en los contratos, y el objeto indirecto, que es la cosa o el hecho que asimismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato. A su vez, en la obligación el objeto directo es la conducta del deudor, y el indirecto la cosa o el hecho relacionados con dicha conducta.

En el estudio de este tema, hecha la anterior aclaración, trataremos propiamente del objeto de las obligaciones, más que del objeto en los contratos.

"Objeto inmediato del contrato es, en realidad, la obligación que por él se constituye; pero como ésta, a su vez, tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, se llama ordinariamente objeto del contrato a las cosas o servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o de hacer". (Castán Tobeñas, Derecho Civil Común y Foral, t. III, págs. 341).

2.—*Requisitos esenciales del objeto en las obligaciones de dar.*— En las obligaciones de dar, el objeto consiste en la cosa cuyo dominio o uso se transmite. Como requisitos esenciales de la cosa señalaremos los siguientes: a).—La cosa debe ser físicamente posible; b).—La cosa debe ser jurídicamente posible.

a).—*Posibilidad física.*—La cosa es físicamente posible cuando existe en la naturaleza o puede existir; por lo tanto, hay una imposibilidad física cuando no existe, ni puede existir en ella.

En el Código de 1884 se dijo que había una imposibilidad física para la existencia de la cosa, cuando esta imposibilidad fuera de un modo absoluto. El artículo 1305 de este Ordenamiento decía así: "En los contratos no será considerado como físicamente imposible sino aquello que lo sea de un modo absoluto por razón de la cosa, o cuando el hecho no pueda ser ejecutado por la persona obligada, ni por otra alguna en lugar de aquélla". Por consiguiente, las cosas futuras que no existen en el momento de la celebración del contrato, pero que pueden existir en el momento del cumplimiento del mismo, no implican una imposibilidad absoluta. Constantemente en el comercio hay transacciones anteriores a la fabricación de los productos. En realidad se están enajenando cosas futuras; pero no son cosas que no puedan existir en términos absolutos, sino que no existen sólo en el momento de la celebración del contrato.

Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Habana, 1946, t. VI, págs. 304 y 305.

El Código vigente permite la existencia y validez del contrato que recaiga sobre cosas futuras. Dice el artículo 1826: "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento".

b).—*Posibilidad jurídica.*—El segundo requisito esencial de la cosa objeto del contrato consiste en que sea jurídicamente posible. Se dice que lo es, cuando está en el comercio y cuando es determinada o susceptible de determinación jurídica; por lo tanto, son cosas imposibles desde el punto de vista jurídico las que están fuera del comercio y las que no pueden determinarse. Dice el artículo 1825: "La cosa objeto del contrato debe: 1º Existir en la naturaleza; 2º Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3º Estar en el comercio".

Cuando la cosa no puede determinarse, existe una imposibilidad jurídica para que sea objeto de contrato, y si éste se celebra será inexistente por falta de un elemento esencial. En el derecho existen tres grados para la determinación de las cosas: determinación individual, determinación en especie y determinación en género.

Para que la cosa sea posible jurídicamente debe estar determinada en forma individual o en su especie. La determinación en género, que tiene interés para las ciencias naturales, carece de valor en el derecho, porque se considera que cuando la cosa está determinada sólo en cuanto a su género, no es determinable jurídicamente.

Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Teoría General de los Contratos, traduc. de José M. Cajica Jr., Puebla, 1947, págs. 33 y 34.

La determinación en cuanto al género únicamente tiene importancia para las ciencias naturales, principalmente para las biológicas; pero carece de valor en el derecho; porque origina una indeterminación tal, que también carecería de interés jurídico para el acreedor la caracterización de una cosa atendiendo únicamente a su género. Por ejemplo, precisamos por su género una cosa diciendo que es un animal; pero para el derecho, contratar sobre un animal carece de interés jurídico en lo absoluto, porque el deudor podría entregar cualquier animal sin valor, o inclusive un animal nocivo.

Atendiendo a estas tres formas posibles de la determinación: individual, específica y genérica, se dice que la cosa es posible jurídicamente cuando se determina o en forma individual o por su especie, (cuando ésta permite darle valor económico a la prestación). Se considera que la cosa no es determinada ni susceptible de determinarse, cuan-

do sólo se atiende al género, sin precisar la especie y cantidad. La calidad no es necesaria, pues la ley la determina en caso de silencio.

En estas condiciones, la indeterminación del objeto origina la imposibilidad para celebrar el contrato, pues si éste recae sobre un objeto que no es determinado, ni puede determinarse atendiendo a las reglas expuestas, el contrato será inexistente.

Un segundo requisito para la posibilidad jurídica del objeto consiste en que la cosa se encuentre en el comercio. Si está fuera de él, existe simplemente una imposibilidad jurídica, aun cuando no física, para la contratación.

Sobre el particular estatuyen los artículos 747 a 749 del Código Civil vigente, lo que sigue: "Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio". "Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley". "Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley las que ella declara irreductibles a propiedad particular".

Es necesario distinguir estas cosas que están fuera del comercio y que hacen imposible el contrato cuando recaiga sobre ellas, de las cosas inalienables. Toda cosa que esté fuera del comercio es inalienable; pero no toda cosa inalienable está fuera del comercio. Cuando la cosa está fuera del comercio, esta circunstancia necesariamente la hace inalienable, porque no puede entrar al patrimonio de los particulares.

En cambio, hay cosas que son inalienables, pero que están en el comercio y han sido y son objeto de propiedad particular. En estos casos la inalienabilidad sólo se decreta para proteger determinados intereses, pero no atendiendo a la circunstancia de ser cosas fuera del comercio. Por ejemplo, el patrimonio de familia es inalienable, pero es objeto de propiedad particular y, por consiguiente, está en el patrimonio y en el comercio.

Nuestro Código Civil vigente regula las características que hemos señalado para la posibilidad jurídica de la cosa (ser determinada o determinable y estar en el comercio). Relacionando las disposiciones conducentes, claramente se desprende que, cuando la cosa está fuera del comercio o no es determinable, el contrato es inexistente. En cambio, en el Código anterior impropiamente se decía que en estos casos el contrato era nulo. Dice el art. 2224 del ordenamiento en vigor: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de *objeto que pueda ser materia de él,* no producirá efecto legal alguno. No es sus-

ceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado".

Enneccerus, ob. cit., t. II, V. I, págs. 152 y 153.

3.—*Diferentes clases de obligaciones de dar.*—Las obligaciones de dar son de cuatro especies: 1ª—Translativas de dominio; 2ª Translativas de uso; 3ª—De restitución de cosa ajena y 4ª—Pago de cosa debida.

Presentaremos distintos ejemplos: Obligaciones de dar de la primera especie son aquellas que traen consigo la transmisión del dominio de las cosas: venta, permuta, donación, mutuo y sociedad.

De la segunda especie, son ejemplo el arrendamiento y el comodato.

De la tercera, que implican la restitución de cosa ajena, lo son el depósito o la prenda.

Por último, en la cuarta especie, que implican el pago de cosa debida, tenemos el préstamo y en general el pago del precio en la venta, arrendamiento, prestación de servicios, etc.

El art. 2011 del Código Civil enumera estas distintas formas de obligaciones de dar. Dice así: "La prestación de cosa puede consistir: I.—En la traslación del dominio de cosa cierta; II.—En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta; III.—En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida".

Castán Tobeñas, ob. cit., t. III, págs. 342 y 343.

4.—*El objeto en las obligaciones de hacer. Posibilidad jurídica y física.*—El objeto en las obligaciones de hacer debe ser posible, tanto física como jurídicamente. Se dice que hay una imposibilidad física para ejecutar una obligación de hacer, cuando una ley de la naturaleza impide la realización del hecho, constituyendo un obstáculo insuperable, de tal manera que en forma absoluta y para toda persona no podrá realizarse la prestación convenida. No se trata en el caso de una imposibilidad física con respecto a las facultades o aptitudes de cierta persona, que por sus condiciones no pueda ejecutar nunca el hecho materia de la obligación; en este caso, si la persona por sus condiciones no puede ejecutar el hecho, pero éste es físicamente posible, por cuanto que otra persona pueda ejecutarlo, la obligación de hacer es jurídicamente existente, y el problema se resuelve condenando al deudor a que pague la ejecución que lleve a cabo esa tercera persona, o bien a que indemnice por los daños y perjuicios causados si así lo desea el acreedor.

Por lo tanto, la imposibilidad física de las obligaciones de hacer debe conceptuarse en términos absolutos cuando el hecho vaya en contra de una ley de la naturaleza que constituye un obstáculo insuperable para su realización; por ejemplo, el convenio por el cual se trate de sustraer un objeto a la ley de la gravedad, implicará una prestación imposible desde el punto de vista físico.

Sobre el particular estatuyen los artículos 1827 y 1828 del Código Civil vigente: "El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: I.—Posible; II.—Lícito". "Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización".

Además, el objeto debe ser posible desde el punto de vista jurídico. Se dice que hay una imposibilidad jurídica, cuando el hecho no puede realizarse porque una norma de derecho constituye a su vez un obstáculo insuperable para su ejecución. Se aplica el mismo concepto de la imposibilidad física; en la imposibilidad jurídica no se trata de violar una norma de derecho, sino que ni siquiera llega a realizarse la prestación por cuanto que la ley impide de plano su posibilidad de ejecución. De tal manera que la norma jurídica no es violada, sino que constituye un impedimento que hace incompatible la realización del acto con la norma, y desde el punto de vista legal el acto no tiene ni tuvo existencia alguna. Es necesario distinguir cuidadosamente la imposibilidad jurídica cuando de plano la norma impide el nacimiento y la posibilidad de ejecución del hecho, del caso en que la norma jurídica es violada, porque en esta hipótesis el acto existe, se ejecuta y tiene determinadas consecuencias en el derecho. Se trata de un acto ilícito, porque va en contra de una norma, bien sea prohibitiva o imperativa, pero el acto se realiza y tiene consecuencias determinadas según sea la clase de invalidez que lo afecte.

En cambio, en la imposibilidad jurídica el acto no tiene ningún principio, ni de nacimiento ni de ejecución, porque en tal forma la norma impide, por la inobservancia de ciertos supuestos necesarios, que la prestación se realice, que en rigor se trata de una situación inexistente. Por ejemplo, es jurídicamente imposible el contrato en el cual una persona se obliga a no hacer testamento, a no revocar su testamento o a no modificarlo. Si se celebra el contrato, es inexistente desde el punto de vista jurídico, porque contraría una norma de derecho que constituye un obstáculo insuperable para que llegue a realizarse la prestación prometida. Aun cuando materialmente se celebre el contrato, la obligación de hacer o de no hacer de una persona para no formular testamento, revocarlo

o modificarlo, desde el punto de vista jurídico, es inexistente y se tiene por no otorgada. Nadie le podrá atribuir efecto alguno, en juicio o fuera de él. La imposibilidad jurídica se distingue de la ilicitud, porque en ésta el acto jurídico se realiza, llega a tener nacimiento y puede tener consecuencias según el grado de nulidad; pero la norma no ha impedido que el acto o la prestación tengan nacimiento.

Lo ilícito es lo posible prohibido; en cambio, lo imposible jurídicamente hablando, es aquello que no llega a realizarse, porque la norma de derecho supone ciertos supuestos necesarios, que de no observarse en el acto, aun cuando tenga aspecto material, no tendrá existencia jurídica. Un contrato en el cual se pacte una obligación de hacer consistente en matar, o lesionar, o robar por el pago de una suma de dinero, no es un contrato cuyo objeto sea jurídicamente imposible; pero es nulo de pleno derecho. porque se viola una norma de carácter penal que es de interés público. En la imposibilidad jurídica hay inexistencia; en la ilicitud, nulidad.

En el Código Civil de 1884, indebidamente se había confundido la imposibilidad jurídica con la ilicitud, y al enumerarse los casos en que existía imposibilidad jurídica se citaba en el artículo respectivo, a los actos ilícitos. Decía así el artículo 1306 de ese Ordenamiento: "Son legalmente imposibles: I.—Las cosas que están fuera del comercio, por su naturaleza o por disposición de la ley; II.—Las cosas o actos que no se pueden reducir a un valor exigible; III.—Las cosas cuya especie no es ni puede ser determinada; IV.—Los actos ilícitos".

En el Código vigente ya no se incurre en esta confusión, sino que se distingue perfectamente entre imposibilidad jurídica e ilicitud. También el Código de 1884 confundía las consecuencias de la imposibilidad jurídica con las consecuencias del contrato con un objeto posible, pero afectado de nulidad. Por esto en la legislación anterior se declaraban nulos los contratos cuyo objeto fuese imposible (art. 1304). El Código vigente declara inexistentes los contratos con objeto imposible, en el artículo 2224, pues dispone que es inexistente el acto jurídico y, por lo tanto, el contrato que carezca de un objeto que pueda ser materia del mismo. Debe entenderse que el objeto imposible equivale a la falta de objeto que pueda ser materia del contrato. También en este sentido dice el artículo 1794: "Para la existencia del contrato se requiere: I.—Consentimiento; II.—Objeto que pueda ser materia del contrato".

5.—*El hecho debe ser personal del obligado.*—Aun cuando la ley no lo diga expresamente, se sobrentiende que el deudor en las presta-

ciones de hacer, debe prometer un hecho propio. La promesa respecto del hecho ajeno (promesa de "porte-fort") no puede obligar al tercero por quien se hace dicha promesa. Sólo obliga a quien la formula a procurar que aquel tercero ejecute el hecho prometido. Desde este punto de vista, la obligación de procurar comprende un hecho propio del deudor, ya que éste se compromete a ejecutar todas las gestiones humanamente necesarias para que el tercero realice el acto.

6.—*Ilicitud del objeto.*—El segundo requisito necesario en el objeto de las obligaciones de hacer o de no hacer, consiste en la licitud de la prestación o de la abstención. En términos generales se dice que es lícita la prestación o abstención cuando no son contrarias a la ley; pero este concepto tan amplio para definir cuándo el hecho es lícito, no tiene aplicación conveniente y útil en los problemas de nulidad que necesariamente se prestan cuando el hecho es ilícito, porque en rigor la ley requiere cierto grado de ilicitud para afectar con la nulidad a la obligación de hacer o de no hacer. En otras palabras: no todo acto ilícito en sentido general origina la nulidad absoluta o relativa del mismo. Existen actos que son considerados como ilícitos por cuanto que van en contra de una ley, pero el grado de ilicitud no es suficiente para que el legislador los sancione con la nulidad; por eso si es ilícito todo aquello que se ejecuta en contra de la ley, para nuestra materia, el objeto del contrato sería ilícito, sólo cuando fuera en contra de una ley de interés público, prohibitiva o imperativa, o en contra de las buenas costumbres.

Los artículos que regulan esta materia, son respectivamente el 8o., el 1830, el 1831 y el 2225, Código vigente, que respectivamente dicen: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario". "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres". "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres". "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley".

Planiol hace una numeración de los contratos con objeto ilícito, comprendiendo tanto aquellos que van en contra de las leyes de orden público, como los que violan las buenas costumbres. Cita al efecto los siguientes casos:

"1o.—El corretaje matrimonial, del que hablamos en el t. I, No. 790-2o.—Las convenciones relativas a las casas de tolerancia, respecto a las cuales la juris-

prudencia ha mostrado gran rigor.... 3o.—Las convenciones relativas a los juegos de azar.... 4o.—Las convenciones por las cuales una persona vende su influencia, o trata de obtener un beneficio inmoral de sus funciones; también las convenciones entre un escribano y un impresor, un médico y un farmacéutico, o la convención entre dos médicos para la participación de los honorarios de una operación aconsejada por uno y hecha por el otro (práctica de la dicotomía) .. 5o.—Las convenciones contrarias a la libertad del trabajo, es decir, a la facultad para cualquiera persona de dedicarse al trabajo que le plazca.... 6o.—Las convenciones que prohiben a una persona reconocer su responsabilidad, pero únicamente en la medida en que por ello se obligase a esta persona a desnaturalizar los hechos materiales por la mentira.... 7o.—Las convenciones contrarias a las leyes que prohiben la especulación ilícita o que fijen reglas relativas a la ocupación y al precio de los locales de habitación.... 8o.—Las convenciones consideradas como contrarias al curso forzoso del billete de banco, por las cuales un acreedor trata de garantizarse contra la depreciación monetaria. 9o.—Las convenciones relativas a las disposiciones de las leyes fiscales que imponen en ciertos casos la carga del impuesto a una persona determinada...." (Planiol, ob. cit., págs. 36 y 37).

7.—*Leyes supletorias.*—Además de las leyes de interés público, de las prohibitivas o imperativas, existen normas que se llaman supletorias de la voluntad de las partes; que se dictan única y exclusivamente para reglamentar obligaciones en los contratos, cuando las partes no han manifestado su voluntad sobre cierto punto de interés jurídico. Dada la naturaleza de estas normas supletorias de la voluntad, la derogación de las mismas no trae consigo nulidad alguna, ni puede considerarse como ilícito el acto que se ejecuta en contra de esas normas. En todos los casos en que el Código Civil o el de Comercio consagran preceptos para suplir la voluntad de los contratantes, admiten expresamente el pacto en contrario, es decir, no se trata propiamente de violación de normas supletorias, porque no puede decirse que la norma supletoria sea violada cuando se pacta algo distinto a lo previsto por el legislador, ya que en la disposición legal se reconoce la validez de ese pacto.

8.—*Actos contrarios a las buenas costumbres.*—Hasta ahora hemos analizado la ilicitud en el objeto de un contrato, por violación a normas legales; pero puede existir también ilicitud cuando se violen las buenas costumbres.

Jellinek afirma que el derecho es un mínimo ético, porque dentro de las normas morales, en un momento dado, se consideran indispensables para la convivencia social un conjunto mínimo de ellas, que se elevan a la categoría de jurídicas, y respecto de las cuales el Estado, es decir, el poder público, administra una sanción.

Ripert (La Regla Moral en las Obligaciones Civiles) demuestra que las normas que nos permiten regular soluciones de equidad, o cierta justicia en toda la materia de obligaciones y contratos, son en realidad normas morales; que por esto es fácil, aun desconociendo las disposiciones especiales de un código, encontrar una solución equitativa o justa a los problemas que se presentan en materia de obligaciones y contratos, porque en realidad el legislador no ha hecho otra cosa que aplicar un criterio ético a estos diferentes conflictos que puedan presentarse.

En nuestra Facultad, Alfonso Caso, en su cátedra de Teoría General del Derecho (1926), trató de las relaciones entre la moral y el derecho, y llegó a formular la siguiente diferenciación:

En las normas de moral individual hay una sanción en el fuero interno de cada individuo: el remordimiento, es decir, es su propia conciencia la que en cada caso puede sancionar esos actos. Las normas de moral social tienen una sanción externa semejante a la sanción jurídica, pero que no administra el Estado, sino que impone la sociedad. Esta sanción externa es generalmente el desprecio que los miembros de una colectividad tienen para aquellos individuos que ejecutan actos en contra de las normas morales que se consideran indispensables para la convivencia social. No existe dificultad alguna —agrega Caso— para distinguir las normas de moral individual de las jurídicas, pero en cuanto a las de moral social el problema se complica, porque en ambos casos hay una sanción externa. La diferencia está en que las normas jurídicas están sancionadas por el poder público y las de moral social lo están por la misma colectividad no en la forma de coacción, o pena, sino por el desprecio hacia el infractor.

Estas normas de moral social, según Caso, siempre exceden al mínimum ético que como dice Jellinek debe traducirse en normas jurídicas. Existen infinidad de normas de moral social que no son indispensables para la convivencia, que por lo tanto, el poder público no las juzga necesarias y no las protege, decretando una sanción, cuando son violadas. Sólo aquellas normas de moral social que tienen una misma finalidad con las jurídicas o sea garantizar las bases para lograr la convivencia social, deben tener una sanción semejante para decretar la nulidad de aquellos actos que se ejecutan en violación de las mismas. Es en este punto en donde tiene aplicación la tesis de Caso para nuestra materia de obligaciones y contratos. El problema consiste en determinar en cada época cuáles son aquellas normas de moral social indispensables para la convivencia humana que no sólo tengan como sanción el desprecio,

sino también una sanción jurídica: la nulidad de los actos o contratos que se lleven a cabo contra las mismas.

"*Negocios jurídicos inmorales.*—Los negocios jurídicos que vayan contra las buenas costumbres (boni mores) son nulos. Pero no basta la intención inmoral de una de las partes para que se dé la nulidad; ha de ser el negocio jurídico mismo, su contenido o el fin común perseguido por las partes, el que atente contra la moralidad.

Los casos en que se decreta la nulidad de un negocio jurídico por ir contra las buenas costumbres pueden clasificarse en tres grupos:

1.—Es nulo todo negocio jurídico que persiga o fomente un resultado contrario a la moral, y en particular, la promesa de actos inmorales, como también la promesa de una prestación bajo condición de efectuar un acto inmoral.

2.—Se consideran también contrarios a la moral y, por consiguiente, nulos, los compromisos que tienden a vincular a otro o a constreñirle por motivos pecuniarios en cuestiones que deben quedar por entero a su libre arbitrio, como por ejemplo, las recompensas o penas convencionales que se refieren a la celebración del matrimonio o al divorcio, al cambio de confesión religiosa o de ciudadanía, a la prestación o negación de testimonio judicial, etc.

3.—Se tienen, finalmente, por inmorales los negocios que restrinjan de un modo excesivo la libertad económica. La misma ley traza muchas veces claramente la frontera entre lo permitido y lo ilícito, como hace v. gr.: en los preceptos sobre las cláusulas de concurrencia en los contratos como empleados. Pero fuera de estas reglas legales, queda un vasto campo en que es el juez quien tiene que fijar la medida en que es admisible constreñir la libertad económica, ateniéndose al elástico principio de las buenas costumbres. Es lo que ocurre singularmente con el discutidísimo problema de saber hasta qué punto puede limitarse la libertad de movimientos en la vida industrial por medio de consorcios, cartells, trusts y otros convenios semejantes.

La ley regula también con el criterio de los actos contra *bonos* mores los negocios jurídicos usurarios. Todo negocio jurídico oneroso (un préstamo, una compraventa, un arrendamiento, etc.), puede ser usurario cuando medie una escandalosa desproporción entre ambas prestaciones y una de las partes explote la necesidad, la ligereza o la inexperiencia del otro contratante". (Andreas von Tuhr, Derecho Civil, Parte General, Traduc. de Wenceslao Roces, México, 1946, págs. 112 y 113).

9.—*Clase de nulidad que corresponde a los actos contrarios a prohibiciones estipuladas por las partes.*—El problema jurídico se plantea en esta forma: ¿Pueden las partes crear prohibiciones por convenio, cuya violación traiga consigo la nulidad absoluta o relativo? O bien, la nulidad es exclusivamente una sanción contra los actos ejecutados violando normas legales o buenas costumbres?

Desde luego, en nuestro régimen jurídico sólo se decreta la nulidad para aquellos actos ejecutados en contra de las normas jurídicas que hemos estudiado, o contra las buenas costumbres. No se admite la posi-

bilidad de que por convenio, las partes estipulen prohibiciones cuya violación traiga consigo la nulidad. Simplemente se sanciona el acto que viole una cláusula prohibitiva con la obligación de pagar una indemnización por daños y perjuicios.

Se hace una aplicación especial para la cláusula de no enajenar que generalmente se contiene en los contratos. En esta cláusula, las partes crean una prohibición, para que el adquirente de una cosa no pueda disponer de ella. La cláusula de no enajenar puede interpretarse jurídicamente desde tres puntos de vista: a) la cosa se convierte en inalienable; b) simplemente se origina una incapacidad para enajenar, y c) se da nacimiento a una obligación de no hacer, consistente en no vender, cuya violación trae consigo el pago de daños y perjuicios.

En nuestro derecho, siguiendo el sistema general de que las partes no pueden crear normas prohibitivas sancionadas con la nulidad, no es válida la cláusula de no enajenar en los contratos, cuando tenga por objeto hacer la cosa inalienable, o bien crear una incapacidad en el adquirente. La cláusula de no enajenar, no tiene el efecto jurídico de hacer el bien inalienable, porque la inalienabilidad de los bienes sólo puede ser decretada por el legislador. En el capítulo de la propiedad, el artículo 830 del Código vigente dice: "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes". Es decir, que sólo por virtud de la ley pueden crearse modalidades o restricciones a este derecho. Por consiguiente, el *jus abutendi* o derecho de enajenar, sólo puede ser restringido por la ley y no por contrato, y la cosa no puede convertirse en inalienable en términos absolutos, sino por disposición de la ley.

Tampoco la cláusula de no enajenar puede tener como efecto originar una incapacidad en el adquirente, cuya violación traiga consigo la nulidad relativa. La capacidad o incapacidad también es regulada exclusivamente por la ley, y no puede ser creada por contrato. Si se dice que el adquirente no tiene capacidad para enajenar la cosa, esta cláusula prohibitiva no tiene el efecto que tendría si la norma legal reconociera esa incapacidad. Cuando es la norma de derecho la que crea la incapacidad, el acto ejecutado por el incapaz está afectado de nulidad relativa; pero cuando por contrato o convenio se pretende crear esa incapacidad respecto a una cosa, ésta puede válidamente enajenarse, y el tercero que la adquiera no puede ser privado de ella ni se puede declarar posteriormente la nulidad del contrato. En nuestro derecho, en materia de capacidad, sólo la ley puede originar la incapacidad de goce o de ejercicio. Dice el artículo 1798: "Son hábiles para contratar todas las perso-

nas no exceptuadas por la ley". En consecuencia, la ley es la única que puede hacer expediciones, originando la incapacidad.

En estas condiciones, la cláusula de no enajenar sólo tiene como efecto jurídico crear una obligación de no hacer; cuando en un contrato se estipula que el adquirente no podrá enajenar, no quiere decir que el bien sea inalienable o que él sea incapaz, sólo significa que el adquirente reporta una obligación de no hacer, y si no la cumple, debe pagar daños y perjuicios como en todo caso de incumplimiento; pero no se sanciona este caso con la nulidad. La venta, por tanto, que lleve a cabo, es válida.

El estudio de la cláusula de no enajenar, tiene por objeto simplemente presentar un ejemplo para todos los demás casos en que por contrato las partes pretendieran crear una norma prohibitiva de naturaleza semejante a las normas prohibitivas que tienen como sanción la nulidad. En conclusión: Nuestro sistema jurídico considera que la nulidad es de estricto derecho, en el sentido de que sólo la violación a las normas legales, a las buenas costumbres, le da un carácter ilícito al contrato o al acto jurídico, y que sólo en ese caso, el acto jurídico está afectado de nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la propia ley.

En relación con este problema se expresa así Borja Soriano:

"Ningún texto de nuestro Código de 1884 se opone a la validez de la obligación de no enajenar (Saignat. n. 114, 124, 161 y 168). A este Código son aplicables las doctrinas expuestas.

El Código de 1928 contiene el artículo 2301 que dice: "Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona; pero, es nula la cláusula en que se estipule, que no puede venderse a persona alguna.

Creo que la cláusula a que alude este artículo es la que trata de hacer la cosa inalienable y no la que sólo pretende crear una obligación de no vender durante cierto tiempo. Porque el mismo Código, como el anterior, considera válida la promesa temporal de vender una cosa a cierta persona y tal promesa implica la obligación de no enajenar la cosa a un tercero mientras dure la promesa (art. 1819 C. a., 2244 a. y 2247 C. v.; Rossel, t. I, n. 337 2o.; Tuhr, t. II, párrafo 94, p. 731 y 732). Así pues las doctrinas que hemos expuesto como aplicables al Código de 1884 lo son también al Código de 1928". (Ob. cit. t. I. págs. 224 y 225).

CAPITULO III

La Causa en los Contratos

1.—*Planteamiento del problema.*—La causa constituye un caso especial entre los elementos esenciales y de validez de los contratos. La

causa ha sido y es un elemento muy discutido en la formación de éstos, de tal manera que se trata de investigar si es un requisito esencial o de validez, o si no tiene esa función ni para la existencia ni para la validez del contrato. Esta es la forma correcta de plantear el problema, para investigar única y exclusivamente cuál es la función de la causa en la formación de los contratos.

Planteada así la cuestión, desde luego notamos que hay elementos indiscutibles en la formación del contrato; éstos son el consentimiento y el objeto para la existencia del mismo; la capacidad, la forma, la ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin, por lo que se refiere a la validez. Ni en el derecho positivo, ni en la doctrina se discuten estos elementos esenciales o de validez; todos los autores están conformes en reconocerlos; pero surge un elemento de carácter discutible que se llama "causa", que se reconoce en el derecho francés, para después pasar a otros derechos, y con motivo de ese elemento discutible, se han elaborado diferentes teorías: una llamada causalista y otra anticausalista. En la doctrina causalista encontramos diferentes etapas: 1o.—La doctrina clásica de la causa. 2o.—La doctrina moderna de la causa debida a Capitant, y 3a.—La elaboración que hace la jurisprudencia francesa a partir de mediados del siglo pasado para cambiar radicalmente el concepto clásico de la causa.

2.—*Doctrina clásica de la causa.*—Esta considera indispensable distinguir tres clases de causas: la causa final o causa propiamente dicha; la causa impulsiva o movimiento determinante de la voluntad, y la causa eficiente.

a).—*Causa final.*—De estas tres causas, sólo la final es la que se menciona como elemento esencial o de validez en el contrato. Respecto a la impulsiva o a la eficiente, declara la doctrina clásica, que nada tienen que ver con el problema de la validez de los contratos; que por lo tanto, al referirse simplemente a la "causa", se sobreentiende que es la final y nunca la impulsiva o la eficiente. Distingue estas tres causas de la manera siguiente:

La causa final es el fin abstracto, rigurosamente idéntico en cada categoría de contratos, que en forma necesaria se proponen las partes al contratar. Es, por lo tanto, la causa final un elemento intrínseco al contrato, igual en cada categoría. De esta suerte los contratos unilaterales tienen siempre la misma causa; los bilaterales también, lo mismo los reales, y así sucesivamente. Es un elemento intrínseco al contrato, porque depende de la naturaleza de éste, si es unilateral, bilateral, gratuito,

oneroso, etc. Además es un fin abstracto que necesariamente se proponen las partes al contratar, porque el derecho lo regula dada la índole del contrato, independientemente de la voluntad o deseo personal de los contratantes. Fatalmene en cada categoría de contratos siempre encontraremos la misma causa final; siempre será el fin jurídico abstracto derivado de la naturaleza propia de cada categoría, que no dependerá del capricho, de la intención o del arbitrio de las partes. Por ejemplo, en los contratos bilaterales siempre la causa de una obligación es la obligación de la otra parte. La causa de la obligación del vendedor para transmitir el dominio se encuentra en la obligación del comprador para pagarle el precio.

Debe aclararse que esta definición de la causa final en la forma que la hemos propuesto, no se enuncia en los autores que inician esta doctrina clásica, que son Domat y Pothier y posteriormente Demolombe.

En Domat y en Pothier, simplemente se va enumerando la causa en cada categoría de contratos, y se dice cuál es la causa de los contratos bilaterales, en los reales, en los a título oneroso, etc.

"Aunque todos los autores franceses desde Merlin y Toullier, hayan razonado mucho sobre la causa, nada nuevo aportaron y las únicas nociones claras son aún las proporcionadas por Domat: 1o. En los contratos sinalagmáticos, la causa de la obligación de cada una de las partes es la obligación de la otra; 2o. En los contratos reales, la prestación efectuada a título de depósito, prenda, préstamo, etc.; 3o. En las donaciones no podemos encontrar otra causa que el motivo de la intención liberal." (Marcel Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Teoría General de los Contratos, traduc. de José M. Cajica Jr., Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1947, pág. 44).

Se debe principalmente a Bonnecase, (Elementos de Derecho Civil, traduc. de José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, t. II, pág. 250), este ensayo de definición de la causa, interpretando las ideas de los autores clásicos, al tratar de definirla en un concepto general.

En seguida analizaremos ya en cada categoría de contratos siguiendo a Domat y a Pothier, cómo se define la causa y en qué consiste.

b).—*Causa impulsiva.*—La causa impulsiva o motivo determinante del contrato es un elemento extrínseco al mismo, que consiste en el fin personal que cada parte se propone al contratar, y que, por lo tanto, es variable en cada contrato y en cada persona. Son las razones o móviles muy personales, que cada quien tiene al celebrar un contrato, que no pueden ser idénticos ni siquiera en un contrato especial, porque en la compraventa una parte comprará para satisfacer una necesidad, otra comprará por gusto; otra para comerciar, etc., etc.

Esta causa impulsiva o motivo deteminante de la voluntad, se distingue, por lo tanto, de la causa final, y tiene características especiales. En tanto que la causa final es un fin intrínseco al contrato, la impulsiva es un fin extrínseco al mismo; en tanto que la causa final es un fin abstracto que no depende de la voluntad de las partes, sino de la naturaleza jurídica de cada contrato, la causa impulsiva es un fin concreto, que depende de los móviles personales de los contratantes.

Por último, la causa final es rigurosamente idéntica en cada categoría o grupo de contratos; la causa impulsiva es variable en cada contrato y en cada contratante.

c).—*Causa eficiente.*—Por último, la causa eficiente es la fuente de obligaciones que nada tiene que ver con la causa final ni con la impulsiva. Los romanos decían que las causas eficientes de las obligaciones eran el contrato y el delito, y ciertas figuras jurídicas semejantes al contrato y al delito, que después los glosadores llamaron cuasicontrato y cuasidelito.

3.—*Código Napoleón.*—La teoría clásica tiene su origen en Domat, que inspirara a Pothier y a su vez este autor inspira a los autores del Código Napoleón. En este Código existen dos artículos que han originado todo el problema de la causa en el derecho moderno, y por esto necesariamente tenemos que referirnos al Código Napoleón, y al movimiento doctrinario de Domat y de Pothier, que inspiró a ese ordenamiento.

Aquellos dos artículos del Código Napoleón dicen lo siguiente: El primero (1108) declara que son elementos del contrato el consentimiento, el objeto, la capacidad y una causa lícita. Con toda claridad este Código coloca la causa en la categoría de un elemento relacionado con la existencia o la validez de los contratos. Le da una importancia semejante al consentimiento, al objeto y a la capacidad.

"Tal parece que para los redactores e intérpretes del Código Civil, la noción de causa condensa y cristaliza casi todos los elementos de orden psicológico que se encuentran en el contrato y, con más generalidad, en el acto jurídico, por lo menos si se considera que el consentimiento, tal como es considerado por el artículo 1108 del Código Civil, representa el contrato mismo, más bien que uno de sus elementos constitutivos; y, principalmente, clásica es la antítesis entre el objeto, por una parte, "que forma la materia de la obligación", que se identifica con la prestación debida al acreedor y que, material o no, es exterior a la personalidad de las partes, y por otra la causa que, cualquiera sea la idea que se tenga de ella, afecta el aspecto de un acto de voluntad, de un fenómeno de orden intelectual: de este modo, las dos nociones se oponen irreductiblemente, como, en una tesis más ge-

neral, se oponen el mundo exterior y el interno, el yo y el no yo". (L. Josserand, Los Móviles en los Actos Jurídicos de Derecho Privado, traduc. de Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr., Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1946, págs. 125 y 126).

No hay, por lo tanto, en el Código Napoleón un planteamiento confuso del problema. Por el contrario, con una precisión absoluta se trata el tema de la causa, única y exclusivamente al estudiar los elementos de formación del contrato, y es éste el origen del problema. Si este Código posteriormente suscita la investigación que pasa a los códigos que en él se inspiran, no se debe, al discutir este problema, confundir la cuestión, invocando artículos que nada tienen que ver con la formación de los contratos, y que se refieren al derecho procesal o al derecho mercantil, como en ocasiones algunos profesores han tratado de hacerlo.

El segundo artículo (1131) en que el Código francés trata este problema, dice: La obligación sin causa, con una causa falsa o con una causa ilícita, no producirá efecto legal alguno. Nuevamente en el Código Napoleón se reconoce que el elemento "causa" tiene una relación directa con los efectos del contrato, o con los efectos de la obligación; que cuando la causa falta, cuando es ilícita o es falsa, el contrato o la obligación son nulos; es decir, no producirán efecto legal alguno, y como en el Código Napoleón se confunde la nulidad con la inexistencia, toca a la doctrina estudiar si la falta de causa origina la inexistencia del contrato, y si la causa falsa o lícita, originan simplemente su nulidad.

En otras palabras, si la falta de causa es un elemento de inexistencia y la causa falsa o ilícita son elementos de invalidez en los contratos.

Estos dos preceptos del Código francés tienen que interpretarse necesariamente a través de Domat y de Pothier, y es en Domat, en su "Tratado de las Leyes Civiles", en donde encontramos la definición de la causa a que se refiere el Código Napoleón; pero Domat no nos da una definición general de la causa, sino que la define en tres categorías de contratos: en los bilaterales, en los reales y en los a título gratuito.

4.—*Definiciones de Domat.*—La causa de una obligación en los contratos bilaterales es la obligación de la otra parte. Es decir, que la causa de la obligación de una de las partes se encuentra en la obligación de la otra parte; que en todo contrato bilateral una parte se obliga única y exclusivamente porque la otra se obliga; que no podemos encontrarle otra causa jurídica a las obligaciones del vendedor para transmitir el dominio y entregar la cosa, que en la obligación del comprador de pagarle

el precio, por la interdependencia o solidaridad que existe en otras obligaciones recíprocas o correlativas.

En los contratos reales, dice Domat, que la causa de la obligación del que debe entregar la cosa es el hecho de haberla recibido. Si el depositario, el comodatario, el acreedor prendario o el mutuario deben devolver la cosa, esta obligación tiene como causa la entrega previa de la misma y, por lo tanto, en todos los contratos reales la causa de la obligación de devolver es la entrega de la cosa: la entrega es así un elemento en la formación de los contratos reales.

Por último, en los contratos a título gratuito dice Domat que la causa de la obligación es el animus donandi o intención de hacer una liberalidad. No sólo en los contratos, sino en general en todos los actos a título gratuito (el testamento, por ejemplo) la obligación se explica por la intención de hacer una liberalidad. El donante está obligado a transmitir el dominio de la cosa y a entregarla al donatario, única y exclusivamente porque quiere beneficiarlo; no hay otra razón por la cual el donante esté obligado.

G. Marty, Derecho Civil, v. I, traduc. de José M. Cajica Jr., Puebla, pág. 89.

Josserand, ob. cit., págs. 126 y 127.

Domat ya no estudia la causa en los demás contratos, porque considera que en estas tres categorías quedan incluidas las demás. Incluye en los contratos bilaterales a los onerosos, y en los gratuitos a los unilaterales, o en ciertos contratos reales también incluye a los unilaterales, porque el depósito, el comodato y el mutuo se presentaban como contratos unilaterales gratuitos.

De acuerdo con estas ideas que inspiran al Código francés, cuando en un contrato bilateral falta la causa, el contrato es inexistente, porque no se concibe que pueda formarse el consentimiento como elemento esencial, si sólo una de las partes se obligara. No existiría siquiera posibilidad de hablar de contrato bilateral.

Además, si falta la causa, es decir, si falta la obligación recíproca y correlativa, no hay consentimiento, ni hay objeto. Supongamos en la compraventa que faltara la causa. Para que faltara la causa en dicho contrato tendríamos que imaginar que el vendedor se obliga sin recibir el precio y si se diera esta hipótesis simplemente imaginaria, no habría consentimiento, porque el vendedor manifiesta su voluntad de transmitir a cambio de un precio, y no habría objeto, porque cosa y precio

son objetos indirectos de este contrato. Por esto la falta de causa hace el contrato inexistente.

Planiol, ob. cit., pág. 43.

En los contratos reales si no hay causa, no hay entrega de la cosa y el contrato no llega a formarse o constituirse. En los contratos a título gratuito, si no hay la intención de hacer una liberalidad, le falta al contrato un elemento esencial que sirve para definirlo y para distinguir los contratos a título gratuito de los a título oneroso.

Cuando la causa es falsa o es ilícita, la doctrina clásica considera que el contrato existe, pero está afectado de nulidad. La causa ilícita origina la nulidad del contrato, porque aun cuando el objeto sea lícito, según la doctrina clásica, el fin en el contrato es ilícito y el acto jurídico debe estudiarse en su totalidad, de manera que no sólo debe ser el objeto lícito, sino también el fin que se propongan las partes al contratar.

5.—*Doctrina anticausalista.*—La teoría clásica de la causa origina un movimiento llamado anticausalista, que se inicia en Bélgica con dos autores: Ernst y Laurent. En realidad, el que inicia la crítica y que puede decirse dio las ideas fundamentales, fue el belga Ernst, profesor de la Universidad de Lieja.

Julien Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, traduc. de José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, t. II, págs. 251 y sigs.

Según Ernst, la doctrina clásica y el Código francés, al enunciar el elemento "causa" en la formación de los contratos, lo único que hicieron fue duplicar innecesariamente los elementos, esenciales o de validez, porque la causa en la forma en que la define Domat se confunde con el consentimiento o con el objeto; la causa falsa con el error, y la causa ilícita se identifica con el objeto ilícito.

Dice Ernst que la causa se confunde con el consentimiento en los contratos a título gratuito, porque el animus donandi no es otra cosa que la manifestación de la voluntad en el que desea hacer la liberalidad. Es decir, el consentimiento en todo contrato a título gratuito necesariamente implica el animus donandi, porque el donante, al manifestar su voluntad, lo hace a sabiendas de que no va a recibir contraprestación alguna y declarando que en forma gratuita transmite el dominio de la cosa. No podría pensarse cómo se podría manifestar el

consentimiento en estos contratos si el consentimiento no llevase implícito el animus donandi.

En los contratos bilaterales también cuando una parte se obliga, manifiesta su voluntad en atención a que la otra se ha obligado; es decir, lo que se llama "causa" en la doctrina clásica no es otra cosa que el objeto, pues es lo que cada parte debe a la otra.

6.—*Opinión de Laurent.*—Laurent (Principios de Derecho Civil Francés T. XVI) desarrolla estas ideas de Ernst para analizar la causa en los contratos bilaterales, reales y gratuitos. Según él, en los contratos bilaterales y en los contratos a título oneroso, la causa se confunde con el objeto. La doctrina causalista había dicho que en los contratos sinalagmáticos la obligación de una de las partes tiene por causa la obligación de la otra parte; es decir, cada prestación tiene como causa la contraprestación. En la compraventa el precio tiene como causa a la cosa, y la cosa tiene como causa al precio, porque la contraprestación de la cosa es el precio y viceversa.

Según Laurent, la causa así definida, como contraprestación, en realidad es el objeto considerado desde un punto de vista especial. En el mismo contrato de compraventa, el objeto de la obligación del vendedor es la cosa, y el objeto de la obligación del comprador es el precio. Según la doctrina causalista, la obligación del vendedor tiene como causa el precio y éste a su vez es objeto del contrato por lo que toca al comprador; asimismo, la obligación del comprador tiene como causa la cosa, y ésta es objeto del contrato por lo que se refiere a la obligación del vendedor.

En los contratos reales la causa es la entrega de la cosa; pero la entrega de la cosa, según la definición de los contratos reales, no es un elemento para la validez del contrato, sino un presupuesto necesario, de tal manera que si no hay entrega no llega a existir el contrato. En este caso quedará confundida la causa con el hecho que genera al contrato mismo, y no con uno de sus elementos.

Por último, en los contratos a título gratuito, Laurent considera que la causa consistente en el animus donandi o intención de ejecutar una liberalidad, no es otra cosa que el consentimiento manifestado en la forma consciente de transmitir un valor sin contraprestación. No podría amputarse en este proceso volitivo la manifestación de voluntad y la conciencia plena de que esa manifestación se hace sin recibir de la otra parte pago o prestación alguna. El animus donandi es parte del mismo consentimiento, porque no puede hacerse una división entre

la manifestación de voluntad y el fin que se propone esa manifestación.

Las ideas de Laurent fueron aceptadas en Francia por autores de gran renombre, y de esta manera Baudry Lacantinerie, Planiol y Hemard continúan la crítica a la tesis causalista. Es, sobre todo, en Planiol en donde recibe esta crítica una mayor fundamentación.

7.—*Tesis de Planiol.*—Considera que la doctrina de la causa es falsa y es inútil, y demuestra la falsedad y la inutilidad de esta doctrina en todos los casos en que la tesis clásica ha tratado de encontrar importancia jurídica a este supuesto elemento.

a).—*La causa es falsa.*—Al decir que la tesis causalista es falsa en los contratos bilaterales, considera que si una obligación es causa de la otra, existe una relación de causalidad; es decir, que una obligación es causa y la otra es efecto. Toda relación de causalidad supone necesariamente que la causa es anterior al efecto; por lo tanto, en los contratos bilaterales la tesis causalista tiene que admitir que primero nace una obligación, que será causa de la obligación de la otra parte, y que ésta será su efecto. Planiol estima que esta supuesta relación de causalidad y esta anterioridad de una obligación y posterioridad de la otra, es falsa, por cuanto que en los contratos bilaterales las obligaciones son simultáneas, son coexistentes. Al mismo tiempo, por virtud del contrato, nacen obligaciones para ambas partes. No se presentan las obligaciones del vencedor como consecuencia o efecto de las obligaciones del comprador, ni tampoco podemos decir que las obligaciones del comprador son efecto de las del vendedor.

Desde este punto de vista considera Planiol que se atacaría a la naturaleza jurídica de los contratos bilaterales, para considerar que hay un proceso distinto del que en realidad regula la ley.

En los contratos reales la doctrina de la causa es falsa, porque la entrega de la cosa es la causa eficiente y no la causa final. La entrega de la cosa es la causa eficiente, porque es el hecho que genera el contrato, y la doctrina causalista ha dicho con toda claridad que no se refiere a la causa eficiente, sino a la causa final y, no obstante sus propias ideas, incurre en contradicción al considerar que en los contratos reales la entrega de la cosa es causa final cuando en rigor es causa eficiente.

Planiol, ob. cit., págs. 46 y 47.

Por último, en los contratos a título gratuito, Planiol estima que la intención de ejecutar una liberalidad es parte del consentimiento, como lo ha demostrado Laurent, y por lo tanto, es falsa también esta doctrina si pretende encontrar, además del consentimiento, un elemento distinto que forme parte de él.

b).—*La causa es inútil.*—Primero estudia el caso de ausencia de causa, para mostrar que con los elementos tradicionales e indiscutibles del contrato, se llega a la misma solución jurídica que propone la tesis causalista, sin hacer intervenir este elemento. En los contratos bilaterales, sin hacer intervenir este elemento. En los contratos bilaterales, cuando falta la causa, Planiol sostiene que falta el objeto. Como la causa de una obligación es la contraprestación de la otra parte, si falta esa contraprestación, falta también el objeto en una de las obligaciones.

Si en un contrato real falta la causa, quiere decir que no se ha entregado la cosa. Planiol considera completamente inútil invocar este elemento si la definición del contrato real supone como elemento previo y esencial la entrega de la cosa, de tal manera que sin considerar para nada el supuesto elemento "causa", el contrato real no llega a formarse por una disposición legal que estima necesaria la entrega de la cosa como elemento constitutivo del mismo. Vuelve a ser inútil la teoría de la causa para los contratos reales.

En los contratos a título gratuito dice la teoría de la causa que si falta el animus donandi no existe el contrato de donación, o bien cualquier otro contrato en que se ejecute una liberalidad.

G. Marty, ob. cit., v. I, págs. 93 y 94.

8.—*Refutación a los casos de causa ilícita y falsa.*—La segunda forma de aplicación de la doctrina de la causa, se refiere a los casos de la causa ilícita, y es en donde presenta mayor interés la doctrina causalista, porque la jurisprudencia constantemente, para nulificar ciertos actos ilícitos, invoca la disposición del Código Napoleón que habla de que el contrato puede ser invalidado por una causa ilícita.

"Valor práctico actual de la teoría de la causa. Si no se ha renunciado a esta teoría, débese a que en realidad la noción de causa ha brindado a la jurisprudencia un preciso apoyo para anular los actos a título oneroso o gratuitos dictados por un motivo ilícito o inmoral. El art. 6 C. civ. hubiera podido bastar, pero cuando la convención es contraria al orden público por los motivos que la inspiran y no por su objeto, la jurisprudencia recurre al art. 1133. En esta forma la teoría de la causa es objeto de innumerables aplicaciones, pero sólo en tanto cuanto se trate de la anulación de los actos jurídicos." (Planiol, ob. cit., pág. 49).

Según la tesis causalista, no basta la noción de objeto ilícito para considerar que el contrato es ilícito en su totalidad. Existen ejemplos en los que siendo el objeto lícito, el contrato es ilícito apreciado en conjunto, y esta ilicitud la explica la doctrina causalista, por cuanto considera que es la causa la ilícita, no obstante que el objeto es ilícito.

Dice Planiol que en primer término, el objeto de las obligaciones no es la prestación en sí misma considerada. El objeto no puede desvincularse de su fin, porque toda prestación supone en la persona consciente, la realización de un fin, de manera que cuando el derecho habla del objeto en las obligaciones, supone una prestación encaminada a un fin, y el objeto puede ser ilícito si se atiende al fin, sin necesidad de hacer intervenir el concepto de causa.

Por otra parte, ya la doctrina causalista, en los ejemplos que propone, cambia la definición de causa final que había propuesto, porque está jugando con el concepto de causa final, para confundirla con la causa impulsiva o motivo determinante del contrato.

Finalmente, la doctrina de la causa menciona el caso de causa errónea o falsa, como distinta del error por vicios del consentimiento, para considerar que en esa hipótesis no bastaría ni el consentimiento ni el requisito de validez de que no exista error, para decretar la nulidad del contrato; sino que tiene que recurrirse a un elemento distinto llamado "causa errónea" o "causa falsa", para decretarla.

Los ejemplos que presenta la doctrina clásica de "causa falsa" no se refieren a la causa final, sino a la causa impulsiva, pues en cuanto a la causa final no cabe error jamás en la naturaleza del contrato. Es decir, en un contrato bilateral, si la causa de una obligación es la obligación de la otra parte, no podríamos encontrar error respecto a esa causa final. Sólo el acto de un loco podría explicarnos que padeciese error al celebrar un contrato bilateral, si pretendiera la contraprestación, sin la prestación.

9.—*Doctrina moderna de la causa.*—Queda, por lo tanto, demostrada la falsedad en esta primera etapa de la doctrina clásica de la causa. Con motivo de esas críticas, la doctrina causalista sufre una modificación radical en el autor francés Capitant, que en su monografía sobre la Causa en las Obligaciones, propone lo que él llama doctrina moderna de la causa.

Según Capitant, todas las críticas que se han dirigido a la doctrina clásica, están fundadas, porque en rigor esta doctrina confundió la causa con el consentimiento o con el objeto. Pero considera este autor que no

debe entenderse por causa en los contratos, ese elemento abstracto, rigurosamente idéntico en cada categoría, que en forma necesaria y fatal persiguen las partes al obligarse. Que por "causa" debe entenderse el fin inmediato que se proponen los contratantes, *y que ese fin no es otro que el cumplimiento del contrato.* Para Capitant, por consiguiente, *la causa ya no es un elemento en la formación del contrato, sino un elemento en la ejecución del mismo.*

"Investigación sobre la distinción entre la causa y el motivo.—Los autores modernos que han estudiado la teoría de la causa se han basado, sobre todo, en esta distinción. Capitant (De la cause, Paris, 1923, 3a. Edic. 1927. No. 111) ve la causa en el fin del contrato, que forma parte integrante de la manifestación de voluntad que crea la obligación, en tanto que el motivo sería la razón contingente y propia a cada contratante. Un motivo llegaría a ser la causa del contrato, cuando ha sido para las dos partes la razón determinante de su acuerdo. La idea de que la causa es el fin perseguido por las partes ha sido aceptada con algunas variantes en varios estudios modernos de la causa (véase, Louis Lucas, Volonté et cause, tesis, Dijon, 1918; Maury, La notion d'equivalence, t. I, tesis, Touluse, 1920; Hamel, La cause dans les libéralités, tesis, París, 1920, Ionasco, La cause dans les actes a titré onéreux, tesis, París, 1923; Rouast, Rev. Trimestrielle, 1923, pág. 299).—Sin embargo, encuentra varias objeciones. Para distinguir el fin del motivo, nos vemos obligados a decir que el fin perseguido es el motivo que ha sido para las dos partes razón determinante de su acuerdo. En realidad los motivos son siempre personales a cada una de las partes, y puede haber conocimiento recíproco para cada parte de los motivos que hacen obrar al otro contratante, pero nunca hay en ellos un fin común (véase Ripert, La regle morale. No. 33; Dabin, Les récentes destinées de la théorie de la cause des obligations. Extractado de Belgique judiciaire, 1929." (Planiol, ob. cit., pág. 45).

Dice Capitant que una parte se obliga, no simplemente para que haya una declaración virtual de la otra parte para cumplir la obligación; que fundamentalmente una parte se obliga en los contratos bilaterales, para que la otra ejecute su prestación, y no simplemente para que declare que la va a ejecutar. El vendedor se obliga no para que el comprador declare que pagará un precio, sino para que se le entregue efectivamente el precio de la cosa, de manera que según Capitant, la causa en todos los contratos consiste en el fin inmediato que persiguen las partes al obligarse, y este fin inmediato es el cumplimiento efectivo del contrato. Si el contrato no se cumple, propiamente la causa que tuvo una de las partes al obligarse ha desaparecido. Falta la causa de la obligación del vendedor de entregar la cosa si en definitiva no recibe el precio. Para la doctrina clásica bastaba con que el comprador declarara que pagaría el precio, aunque no lo pagara, para que existiera causa en ese contrato. En cambio, para la teoría de Capitant,

la causa, más que un elemento en la formación del contrato, es un elemento indispensable en su ejecución.

"La teoría de Capitant es, en resumen, un esfuerzo para perfeccionar y ampliar la teoría clásica alejándose lo menos posible de sus directrices fundamentales.

La causa tiene un doble papel:

En el dominio de la formación del contrato: el contrato sólo se forma válidamente si tiene una causa que exista y que sea lícita y verdadera.

En el dominio de la ejecución del contrato: en el caso particular del contrato sinalagmático la causa es un lazo que une las obligaciones, lazo que implica la ejecución simultánea de las mismas.

¿Cómo definir la causa? En general, es el fin que cada una de las partes se propone al contratar. Pero no debe confundirse con los simples motivos, de los que es claramente distinta.

En los contratos a título oneroso sinalagmáticos, la causa de cada obligación es la voluntad de obtener la ejecución de la obligación de la otra parte. Esta definición explica la interdependencia de las obligaciones, a la vez en la formación y en la ejecución del contrato.

En los contratos a título oneroso unilaterales: Capitant se esfuerza por determinar, mediante un análisis particular de cada contrato, la causa de la obligación.

En el mutuo, la causa de la obligación del mutuatario es la recepción de la suma prestada.

En el caso del heredero que promete pagar un legado al legatario particular, la causa de la promesa es la obligación impuesta por el testamento, etc.

En las liberalidades la causa es el animus donandi, no por la intención de donar abstracta, sino por la de gratificar precisamente al donatario considerado; el animus donandi concreto." (G. Marty, ob. cit., v. I, pág. 96).

"Pero para tomar en consideración las soluciones de la jurisprudencia, Capitant se ve obligado a agregar a su teoría lo siguiente:

1o.—En los contratos a título oneroso.—La jurisprudencia anula el contrato cuando el motivo común a ambas partes ha sido ilícito o inmoral. Acontece así en el caso ya citado de la venta de una casa con vistas a establecer una casa de tolerancia. En este caso, dice Capitant, el motivo común se ha incorporado a la causa; es inseparable de la voluntad.

2o.—En las liberalidades.—La jurisprudencia anula frecuentemente el acto cuando el móvil que ha determinado al disponente es ilícito o inmoral.

Ejemplo: nulidad de liberalidad hecha a un hijo porque el donante o testador cree que se trata de su hijo adulterino; nulidad de las liberalidades entre concubinos cuando la liberalidad se ha hecho para obtener la continuación de las relaciones.

Capitant observa que también en estos casos el motivo se incorpora a la causa; pero no explica por qué.

Por ello resulta que la teoría de Capitant, muy próxima a la teoría clásica, es insuficiente.

Es excelente para explicar el mecanismo de los contratos sinalagmáticos.

Pero no explica satisfactoriamente el desarrollo de la jurisprudencia sobre la causa en las liberalidades y la nulidad por causa ilícita." (G. Marty, ob. cit., v. I, pág. 97).

Esta teoría moderna de la causa ha sido criticada, pues en primer término, Capitant ha desplazado el problema de la causa, que únicamente tiene significación jurídica en la formación de los contratos y no en la ejecución de los mismos. Todos los otros elementos (consentimiento, objeto, capacidad y forma) se refieren a la formación del contrato. La causa, tal como la propone el Código Civil francés, se refiere también a la formación del contrato y no a su ejecución; por lo tanto, no se trata de saber si las partes tendrán o no acción para exigir el cumplimiento de un contrato bilateral en el caso de incumplimiento.

Este es un problema distinto: se trata simplemente de resolver si un contrato bilateral es válido, independientemente de que se cumplan o no las prestaciones. Es decir, según Capitant ya la causa sería un elemento que originaría su rescisión por incumplimiento. Lo que dice Capitant es exacto: Si una de las partes no cumple, la otra no está obligada a cumplir y tiene acción para demandar la rescisión del contrato; pero justamente la rescisión del contrato supone que éste se celebró validamente; que todos los requisitos de existencia y de validez se cumplieron, porque solamente se rescinden los contratos que en sí mismos son válidos, no los contratos nulos, y el tema de la causa se plantea no para saber si debe rescindirse o no el contrato, sino para determinar si el contrato es válido o es nulo. Reduciendo al absurdo la teoría de Capitant, si este autor trata de considerar que el cumplimiento de los contratos es un elemento de formación de los mismos, resultaría que en un contrato legalmente celebrado, cuando una de las partes no cumple, la otra pediría la nulidad por falta de causa, alegando que ésta consistía en la ejecución de las obligaciones; que como las prestaciones no fueron ejecutadas, el contrato, aun cuando es válido al celebrarse, debe declararse nulo posteriormente, lo que implica un absurdo. Si el contrato es válido al celebrarse no será objeto de nulidad, sino de rescisión.

En conclusión, la doctrina moderna de la causa tampoco aporta un nuevo elemento en la formación de los contratos.

10.—*Transformación que sufre la doctrina clásica de la causa a través de la jurisprudencia francesa de mediados del siglo pasado.*—Bonnecase se ha encargado de analizar los cambios que ha sufrido la jurisprudencia francesa al interpretar los preceptos relativos del Código Napoleón respecto a los casos de falta de causa, causa ilícita o falsa.

Explica este autor que uniformemente la jurisprudencia francesa aceptó hasta el año de 1832, las ideas de Domat y Pothier para interpretar el Código Napoleón y considerar que sólo la causa final, en la

forma que hemos explicado, interesaba como elementos en la formación de los contratos, para resolver sobre su existencia o inexistencia, validez o nulidad. Por este motivo, la jurisprudencia francesa rechaza todos aquellos casos en que se invocaba una causa ilícita o una causa falsa como motivo determinante de la voluntad de las partes, porque consideró que el motivo determinante de la voluntad es la causa impulsiva; que dentro del conjunto de móviles hay uno que se destaca como fundamental, como decisivo, y ese se llama motivo determinante de la voluntad, que induce a contratar. Si existe error sobre el motivo determinante de la voluntad, el contrato es nulo; pero no porque la causa sea falsa. No existe, decía la jurisprudencia francesa, problema respecto a la causa, porque no se trata en el caso de la causa final, sino de la impulsiva; pero sí existe el vicio del consentimiento que se llama error, cuando por el texto mismo del contrato o por sus circunstancias, se pruebe que en el falso supuesto que motivó la voluntad y no por otro motivo se contrató.

Bonnecase, ob. cit., pág. 253.

La jurisprudencia francesa sufre una modificación radical a partir de un caso que se hizo célebre: el caso Pendariés del año de 1832.

En este caso, la jurisprudencia acepta por primera vez que la causa impulsiva, que no tomó en cuenta la doctrina clásica, debe ser la que menciona el Código Napoleón, cuando habla de causa ilícita, falsa o inexistente. Es decir, hay un cambio radical, porque lo que constantemente había desechado la jurisprudencia francesa como causa, en los términos empleados por el Código Napoleón, se acepta a partir del caso Pendariés, reconociendo expresamente que es la causa impulsiva determinante a la que se quisieron referir los autores del Código Civil francés.

Atendiendo a estas razones, consideró la jurisprudencia que algún objeto deberían tener los artículos respectivos del Código Napoleón, porque no es posible aceptar que el legislador haya mencionado un elemento completamente inútil, que jamás tuviera aplicación en la práctica, para juzgar de la existencia o validez en los contratos. Luego, si el Código francés considera que la causa es distinta del consentimiento y del objeto (y tan lo considera que enumera como elementos del contrato, primero, al consentimiento, después al objeto, en seguida a la capacidad y por último a la causa), algún efecto jurídico debe tener este elemento, para que sea útil al juzgar de la eficacia de los contratos, y radicalmente distinto del consentimiento y del objeto.

En esta forma se funda el cambio radical para concluir que la causa impulsiva, cuando es el motivo determinante de la voluntad de las partes en el contrato, o del autor del acto jurídico en el testamento, es un elemento distinto del consentimiento y del objeto, que tiene importancia jurídica considerar, porque no es cualquier móvil que más o menos influya en la voluntad, sino que es su móvil determinante y, por lo tanto, el único que se tomó en cuenta para exteriorizarla. Reconoce la jurisprudencia francesa que le importa al derecho la voluntad en los términos en que se ha exteriorizado, y son ajenos al mismo los móviles que permanecen en su fuero interno y que constituyen la reserva mental de cada contratante; pero el móvil determinante no permanece en el fuero interno, porque generalmente se consigna en el contrato o en el acto jurídico, o se desprende necesariamente de sus circunstancias.

En materia de testamentos, nuestro Código de 1870, posteriormente el de 1884 y en la actualidad el vigente, reconocen que la causa determinante de la voluntad, cuando es falsa, priva de efectos jurídicos al testamento.

Estas disposiciones que desde el Código de 1870 encontramos en nuestro derecho, no pudieron seguramente obedecer al cambio que hubo en la jurisprudencia francesa, no obstante que casi emplean su misma terminología, pues los autores del Código de 1870 no mencionan haberse inspirado en las modificaciones que sufrió la jurisprudencia francesa a partir del caso Pendariés, a mediados del siglo pasado.

Dice el Art. 1301 del Código en vigor: "Las disposiciones hechas a título universal o particular, no tienen ningún efecto cuando se funden en una causa expresa, que resulte errónea si ha sido la única que determinó la voluntad del testador". Se requieren, por consiguiente, los siguientes elementos: que la causa sea determinante de la voluntad del testador; que sea la única determinante y que sea expresa, es decir, que se consigne literalmente en el testamento.

En cuanto a la causa ilícita, dice el Art. 1304: "La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita". Requiere este artículo que la causa ilícita se exprese en el testamento, de manera que ya no permanezca en el fuero interno del testador; que sea contraria a derecho, caso en el cual nuestra legislación no le priva de efectos al testamento, sino que se tiene por no escrita la cláusula, así como hemos visto que para ciertas condiciones se tienen por no puestas y no se priva de efectos a la disposición testamentaria relativa.

Según Bonnecase, la jurisprudencia francesa, al considerar la causa como el motivo determinante y único de la voluntad de las partes en el acto jurídico, substituyó el concepto de causa por el de fin determinante de la voluntad. Prefiere este autor, con León Duguit, ya no usar el término "causa", sino la expresión "fin determinante de la voluntad", para evitar las confusiones que suscita el término "causa" desde la doctrina clásica.

Josserand, emplea la expresión de "móviles abstractos y móviles concretos". Considera que hay móviles que no debe tomar en cuenta el derecho, y móviles que sí tienen una función expresa en la determinación de la voluntad; que éstos son los móviles concretos, y dentro de éstos, el móvil-fin único, que determina la voluntad.

Josserand, ob. cit., pág. 129.

León Duguit (*Derecho Constitucional y Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código Napoleón*) hace un estudio psicológico del acto jurídico, para distinguir el objeto del fin y del móvil. Considera Duguit que en todo acto jurídico existe, además de la manifestación de voluntad y del objeto, un fin; que este fin está determinado por los móviles y que hay un motivo determinante de la voluntad que tiene importancia para la validez del acto jurídico.

En nuestro derecho tiene, como veremos, una especial importancia ese cambio de la jurisprudencia francesa, y el movimiento doctrinario de Bonnecase, Duguit y Josserand, porque el Código vigente, fundándose en esas ideas, prefiere usar el término "fin determinante de la voluntad", en lugar de "causa", adoptando, por consiguiente, una posición intermedia, porque no es ni anticausalista, ni tampoco causalista en los términos de la doctrina clásica, sino en la forma que propone la jurisprudencia francesa.

11.—*Nuestro derecho positivo.*—Pasando a nuestro derecho positivo encontramos que los Códigos de 1870 y de 1884, son anticausalistas. No obstante que la Comisión encargada de elaborar el Código de 1870 tuvo a la vista el Código Napoleón y el proyecto de García Goyena, expresamente en esta materia, pasa por alto el elemento causa y suprime también el artículo que en el Código francés considera que la obligación es nula cuando falta aquélla, es ilícita, o errónea, y esta innovación expresa obedeció a que los legisladores de 1870 consideraron, tomando en cuenta la crítica anticausalista y la reglamentación que hizo el Có-

digo de Portugal, que era preferible no incluir este elemento que originaba constantes problemas a la jurisprudencia.

Se ha invocado el art. 1281 del Código Civil de 1884, para sostener que se admitía la doctrina de la causa en nuestra legislación anterior. Dice este artículo: "El juramento no producirá ningún efecto legal en los contratos, y jamás en virtud de él ni de la promesa que lo substituya podrá confirmarse una obligación, si no hubiera otra *causa legal que la funde*".

Es cierto que en dicho artículo el Código emplea la palabra causa; pero al exigir que en toda obligación se establezca la causa de lo debido, emplea el término en el sentido de deficiente, y no de causa final, porque si la persona dice: "Prometo pagar a fulano la cantidad de mil pesos que le adeudo *por una venta*", está expresada la causa de lo debido. O bien si dice: "Prometo pagar a fulano la cantidad de mil pesos que le adeudo *por haberle causado un daño en la comisión de un delito*", está expresada la causa de lo debido.

Lo que el art. 1281 exigía, era que las obligaciones no se anunciaran en forma abstracta, independientemente de la fuente jurídica o causa de lo debido; que como las obligaciones pueden tener como causa o fuente al contrato, al delito, etc., se expresara en los juramentos o promesas de dónde provenía la obligación, si de un contrato, de un delito, etc.

Por lo tanto, este precepto tampoco nos sirve para considerar que los Códigos de 1870 y de 1884 fueron causalistas, porque nada tiene que ver la causa eficiente con la final, en el problema de la formación y validez de los contratos.

Nuestro Código vigente, siguiendo a la jurisprudencia francesa, a las ideas de Bonnecase y Duguit, abandona por impropio y por ser fuente de confusiones, el término "causa" y prefiere usar como elemento del contrato la palabra "fin" o "motivo determinante de la voluntad". Reconoce este Código, inspirado en la jurisprudencia francesa de mediados del siglo pasado, que en ocasiones ciertos contratos ilícitos presentan un objeto lícito, pero la finalidad de los contratantes es indiscutiblemente de carácter inmoral o delictuosa; que para evitar los problemas que tuvo que resolver la jurisprudencia francesa, para decretar la nulidad en esta clase de contratos, en que las prestaciones en sí mismas consideradas son lícitas, es preferible considerar que, además del objeto, el fin o motivo determinante de la voluntad, deben ser también lícitos; que si el objeto es lícito, pero el fin o motivo determinante es ilícito, el contrato debe ser nulo, y aplica esta idea también al caso de error sobre el fin o motivo determinante. Ya el Código vigente no habla, como el francés,

del error sobre la causa, sino del error sobre el motivo determinante de la voluntad.

Los artículos que en el Código en vigor consagran esta modificación, y que nos permiten clasificarlo como un sistema en que se abandonan la noción de causa para introducir la noción del fin son: 1795, 1813, 1830, 1831 y 2225.

CAPITULO IV

La Forma como Elemento de Validez de los Contratos

1.—*Clasificación de los contratos desde el punto de vista de la forma.*—Atendiendo a la forma, los contratos se clasifican en formales, consensuales y solemnes.

Son contratos formales aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si el consentimiento no se manifiesta en escritura pública o privada según el caso, el contrato estará afectado de nulidad relativa. Por consiguiente, el contrato formal es susceptible de ratificación expresa o tácita; en la expresa se observa la forma omitida; en la tácita se cumple voluntariamente el contrato y queda purgado el vicio.

El contrato consensual, en oposición al formal, es aquel que para su validez no requiere que el consentimiento se manifieste por escrito, y por lo tanto, puede ser verbal, o puede tratarse de un consentimiento tácito, mediante hechos que necesariamente lo supongan, o derivarse del lenguaje mímico, que es otra forma de expresar el consentimiento sin recurrir a la palabra o a la escritura.

Se distinguen además, desde este punto de vista, los contratos solemnes, que son aquellos en que la forma se ha elevado, como dice Bonnecase, por la técnica jurídica a un elemento esencial del contrato, de tal manera que si no se observa la forma, el contrato no existe.

"El formalismo moderno y su expresión en los actos jurídicos solemnes.—Se considera actualmente que el último refugio del formalismo está en los actos solemnes, ya que la solemnidad es una condición de existencia del acto. Esta en sí misma consiste sea en la intervención en el acto, de un Oficial público, como un notario (donación entre vivos, contrato de matrimonio, subrogación en la hipoteca legal de la mujer casada, subrogación de la parte del deudor, constitución de hipoteca) de un Oficial del Estado Civil (adopción, legitimación) o de uno de los auxiliares de éstos (renuncia a la sucesión, aceptación de ésta bajo el bene-

ficio de inventario, renuncia a la comunidad). Como hemos advertido, la solemnidad de un mismo acto jurídico no siempre está sometida al empleo de una sola forma y es susceptible de realizarse de varias maneras (reconocimiento de hijo natural, testamento)". (Bonnecase, ob. cit., t. II, págs. 241 y 242).

No hay un solo contrato de carácter patrimonial que en nuestra legislación civil exija la forma como elemento esencial del contrato.

2.—*Manifestación del consentimiento.*—El consentimiento en los contratos debe manifestarse por cualquier medio que revele cuál es la voluntad de los contratantes. La exteriorización de la voluntad es indispensable para que se forme el consentimiento en los contratos.

Dicha exteriorización puede llevarse a cabo válidamente por distintos medios. La forma normal de manifestar el consentimiento, es mediante la palabra o la escritura; pero no únicamente existen dichos medios. El derecho reconoce, además, el lenguaje mímico, la ejecución de ciertos gestos, señas o actos que también constituyen una forma válida en ciertos contratos para la exteriorización de la voluntad.

3.—*Consentimiento expreso y tácito.*—El consentimiento puede manifestarse expresa o tácitamente; la ley requiere simplemente que se exteriorice, y la exteriorización del consentimiento en algunos contratos debe ser expresa, mediante la palabra; en otros mediante la escritura, redactando un documento público o privado; en algunos contratos es suficiente la expresión del consentimiento a través de señas o de gestos que revelen la voluntad. Además, el consentimiento puede manifestarse tácitamente sin recurrir a la palabra, a la escritura o al lenguaje mímico. Basta con que se ejecuten ciertos actos que necesariamente supongan la manifestación de una voluntad, aunque no se lleve a cabo gesto o seña algunos, para que la ley considere en ciertos contratos que se ha manifestado válidamente el consentimiento.

En el Código vigente se reconocen las dos formas del consentimiento: el expreso y el tácito. "El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente". (Art. 1803).

Enneccerus, ob. cit., t. I, v. II, págs. 112 y 113.

En el Código vigente tiene interés esta cuestión para deslindar o definir en qué casos debe el consentimiento ser expreso, y en qué casos

se admite el tácito; y dentro de las formas del expreso tiene interés precisar cuándo la voluntad debe manifestarse por la palabra, por la escritura, y cuándo se admite que esa voluntad se exprese por signos o señas. Esto da lugar en el derecho a una clasificación de los contratos en formales y consensuales.

En los contratos formales debe expresarse siempre la voluntad por la escritura; no se acepta que el contrato formal sea válido si el consentimiento simplemente se manifiesta verbalmente por el lenguaje mímico, o bien en forma tácita, por hechos que autoricen a suponerlo.

En cambio, en los contratos consensuales, cualquiera manifestación, expresa o tácita del consentimiento, es válida para la constitución del contrato. Se tratará simplemente de un problema de prueba para demostrar que hubo consentimiento aun cuando no se recurrió a la palabra ni a la escritura, pero que se ejecutaron ciertos signos, lo cual se puede demostrar con testigos; o que se llevaron a cabo ciertos hechos que implicaban un consentimiento tácito.

4.—*Silencio.*—Se presenta, por último, un problema que consiste en determinar si el silencio es una forma de manifestación de la voluntad, que pueda tener válidamente consecuencias jurídicas. Este problema se ha suscitado aplicando aquel adagio de que el que calla otorga, y que, por lo tanto, cuando un contratante calla, otorga, es decir, da su conformidad. Sin embargo, este adagio no es cierto jurídicamente. En el derecho, el que calla, no otorga; el silencio no es ninguna forma de manifestación de la voluntad. El que guarda silencio simplemente se abstiene de revelar su voluntad; no lo hace ni en forma expresa, ni en forma tácita y el derecho no puede deducir consecuencias del simple silencio de las partes. No obstante, el artículo 2547 del Código Civil vigente acepta un caso en el que el silencio sí produce efectos jurídicos. En efecto, dice así dicho precepto: "El contrato de mandato se reputa perfeto por la aceptación del mandatario. El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehusen dentro de los tres días siguientes. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato".

El artículo 2054 del Código vigente es una demostración evidente de que el silencio no surte efectos en el derecho. Dice así dicho precepto: "Cuando el deudor y el que pretenda sustituirlo fijen un plazo al acreedor para que manifieste su conformidad con la sustitución, pasado ese plazo sin que el acreedor haya hecho conocer su determinación, se presume

que rehúsa. En contraposición a este caso, los artículos 2051 y 2052 reconocen la manifestación expresa y tácita de voluntad para el caso de cesión de deudas, demostrándose que la hipótesis del artículo 2052, relativa a la manifestación tácita de voluntad, es radicalmente distinta del caso de silencio que se menciona en el artículo 2054. Dicen así los preceptos mencionados: "Para que haya sustitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente". "Se presume que el acreedor consiente en la sustitución del deudor cuando permite que el sustituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo".

Bonnecase, ob. cit., t. II, págs. 244 y 245.

Planiol y Ripert consideran que existen algunas disposiciones en el derecho francés que atribuyen efectos al silencio, pero sin embargo les niegan el valor de constituir una regla general.

"Esas disposiciones aisladas no permiten —dicen dichos autores—, sin embargo, sentar como regla general el adagio "quien nada dice, consiente", ("el que calla, otorga"). Por su índole, y aparte cualquier circunstancia especifica, el silencio presenta un significado equívoco. Y, por mucho que se deseche el formalismo, el consentimiento necesariamente ha de demostrarse. En caso de dudas no puede suponerse, porque de no ser así no habría ya libertad para las personas, expuestas continuamente a recibir ofertas múltiples, ni seguridad en las relaciones de negocios". (Ob. cit., t. VI, pág. 139).

En algunas ocasiones el silencio va acompañado de actos, y se interpreta indebidamente que el consentimiento se revela por el silencio, cuando en realidad se revela por los actos que lo acompañan. La ley entonces considera que se ha manifestado la voluntad por aquellos actos, independientemente del silencio.

Por ejemplo, si el arrendatario pregunta al arrendador, vencido el plazo, si puede continuar en el uso y goce de la cosa, y éste guarda silencio, de ahí no podrá derivarse un consentimiento tácito; pero si además, el arrendador no pide la cosa, ni ejecuta actos encaminados a recibirla, de estos actos que acompañaron al silencio sí se desprende el consentimiento tácito para la prórroga del contrato.

5.—*La forma como elemento de validez del contrato.*—Es un elemento de validez en los contratos, que la voluntad se manifieste con las formalidades que en cada caso exige la ley. Es decir, si la voluntad

no se manifiesta con las formalidades legales, el contrato está afectado de nulidad relativa. Las formalidades que requiere la ley suponen siempre el consentimiento expreso; en el tácito no hay formalidades; pero dentro del consentimiento expreso, las formalidades suponen que la voluntad se manifiesta siempre en un documento público o privado, es decir, por escrito.

En la actualidad, para la expresión del consentimiento revistiendo una formalidad, la ley se ha preocupado sólo de reglamentar la forma escrita. *Es por esto que en el derecho moderno en rigor sólo son contratos formales aquellos que deben celebrarse por escrito,* y los que pueden otorgarse verbalmente ya no se reputan formales, porque no se requiere el uso de palabras sacramentales o determinadas, para que el consentimiento se exprese única y exclusivamente en esa forma.

En cuanto al lenguaje mímico, que es otra forma del consentimiento expreso, éste no es un medio apto para celebrar contratos formales.

6.—*El pretendido consensualismo del derecho moderno.*—Algunos autores estiman que la evolución del derecho ha consistido en el paso del formalismo al consensualismo, de tal manera que en la actualidad los negocios jurídicos y especialmente los contratos tienen en principio validez por la sola manifestación de voluntad, sin necesidad de recurrir a formalidades determinadas. Sólo por excepción, cuando la ley exige una forma especial, se deroga la regla general. También en el derecho contemporáneo se sostiene que por razones de seguridad respecto a las partes y con relación a terceros, así como para evitar controversias que de otra manera serían frecuentes, se requiere la escritura pública, para la validez de determinados contratos de cierta trascendencia por su cuantía o por la naturaleza de los derechos que se transmitan o constituyan. Especialmente, tratándose de derechos reales inmobiliarios, ha habido un *renacimiento* del formalismo, pero ya no con el contenido sacramental del primitivo derecho romano, sino para lograr los fines y garantías antes mencionados.

Bonnecase se expresa así respecto a esa pretendida evolución del derecho:

"Si en el derecho civil contemporáneo existe un principio que se considera indiscutible, es el que declaran sustraídos, salvo diversas excepciones, los actos jurídicos a las reglas rigurosas de forma. Se considera que la voluntad engendra, por su sola fuerza orgánica, los actos jurídicos. Especialmente en materia de contratos, se afirma que los contratos son en principio consensuales, y solemnes por excepción. Hace algunos años se enunciaba esta pretendida regla, considerándola como indudable por sí misma; junto a los contratos solemnes, se citaban, sim-

plemente a título de excepción, los contratos reales. Sea de ello lo que fuere, actualmente se ha producido un cambio total en los conceptos y se pregunta si no debe cambiarse el enunciado de la regla general y de la excepción, constituyendo ésta, aquélla; lo anterior equivale a decir que el acto jurídico dependería más bien de una cuestión de forma que de una cuestión de voluntad". (Ob. cit., t. II, pág. 238).

Uno de los autores que se pronuncia por la libertad de forma como regla general, es Enneccerus, quien estima que desde el punto de vista de la buena fe y de la justicia, el negocio jurídico debe producir sus consecuencias independientemente de la forma que se emplee para manifestar la voluntad.

Enneccerus, ob. cit., t. I, v. II, págs. 118 y 119.

A. von Tuhr en su Tratado de las Obligaciones, estima que la forma es útil en el derecho, pues se traduce en múltiples ventajas en la celebración de los actos jurídicos, para darles solidez, seguridad y facilidades en cuanto a la prueba. Sin embargo, también señala algunos inconvenientes, especialmente desde el punto de vista de las trabas y dilaciones que origina en algunos negocios.

Ob. cit., t. I, traduc. de W. Roces, Madrid, 1934, págs. 168 y 169.

7.—*Ideas de Ihering sobre el formalismo.*—Para Ihering, "el acto formal puede definirse, como aquel en el cual la inobservancia de la forma jurídicamente exigida para la manifestación de la voluntad, reacciona sobre el mismo acto". En cambio, "el acto jurídico no formal, o sustraído a la obligación de una forma absoluta es, por lo tanto, según esto, una manifestación de voluntad más o menos libre en cuanto a la forma de su expresión". (*L'esprit du droit romain,* traducción Meulenaere, 2a. ed. 1880, t. III, pág. 150 y s.).

Según la definición de Ihering, la característica fundamental del formalismo se hace consistir en la necesidad jurídica de que el acto o contrato observen, en cuanto a la manifestación de la voluntad, determinadas formas, en ausencia de las cuales serían inexistentes. Es decir, el formalismo así considerado equivale a la solemnidad que en nuestro derecho se exige sólo para ciertos actos del estado civil, pues resulta que sólo la forma le da vida jurídica al acto. Dice Ihering que "la forma es para los actos jurídicos, lo que la acuñación para la moneda". Ahora bien, observa Bonnecase que la metáfora no es rigurosamente exacta, pues los metales tienen un valor intrínseco, independientemente de su

acuñación. En cambio, los actos jurídicos dentro del formalismo estricto, no tienen existencia legal a pesar de que haya habido una declaración de voluntad con el propósito de producir consecuencias de derecho. Sin embargo, así como la moneda no es tal sin la acuñación, el acto jurídico carece de todo valor para el derecho dentro de la teoría de la solemnidad, cuando no se observan las formas requeridas por la ley. Además, en el acto jurídico formal no hay libertad en las partes para elegir la forma que haya de revestir la manifestación de voluntad. Ihering distingue entre las restricciones a la libertad para elegir la forma de los actos jurídicos y el formalismo propiamente dicho, pues en tanto que tales restricciones pueden ser positivas o negativas, por ejemplo, cuando se exige la manifestación expresa, o se prohibe la manifestación tácita de voluntad, el formalismo se caracteriza porque imperativamente la ley decreta la observancia de forr alidades determinadas.

El formalismo moderno se distingue esencialmente del formalismo primitivo del derecho romano, en que ya en la actualidad no se exige por la ley el empleo de fórmulas sacramentales. Ya no se requieren, por lo tanto, palabras especiales para la celebración de ciertos actos o contratos. Fundamentalmente la forma que requiere el derecho contemporáneo se hace consistir en la expresión escrita de la voluntad, bien sea en documento privado o en documento público.

En el capítulo que consagra Ihering al formalismo, en su obra antes citada, precisa la esencia e importancia práctica del mismo, afirmando que uno de los caracteres que llama poderosamente la atención en el derecho antiguo, es precisamente el de la importancia que reviste la formalidad en la celebración de los distintos negocios jurídicos. Apunta dicho autor la relación íntima que existe entre la libertad y el formalismo, considerando que la arbitrariedad es enemiga de la forma, pues ésta constituye un freno al libertinaje en los actos jurídicos. Además, es la forma visible y externa de la manifestación de voluntad la que permite establecer con certeza el contenido de los contratos o convenios. Es así como la inobservancia de la forma encuentra su sanción en el acto mismo. A su vez, la forma limita los medios de expresión de la voluntad, sin que por ello se confunda el acto formal con las restricciones que se impongan en cuanto a las formas posibles. Explica Ihering que en cuanto a la forma, existen tres sistemas en el derecho: Ausencia completa de formas, formalismo absoluto y combinación de ambos principios. Ahora bien, de estas tres posibilidades, sólo el formalismo absoluto se ha realizado plenamente. Nigún derecho ha aceptado la ausencia o falta absoluta de formas en los actos jurídicos, lo que demuestra que el formalismo res-

ponde a una necesidad interna, reportando distintas ventajas en el derecho.

En cuanto al valor práctico del formalismo, hace notar Ihering que generalmente se le considera como una traba en la celebración de los actos jurídicos, habiendo una preponderancia indebida del elemento puramente externo con detrimento del contenido. Sin embargo, investigando el fenómeno en la historia del derecho, se podrá comprobar que el formalismo responde a la esencia misma del ordenamiento jurídico. Acepta que indiscutiblemente la forma presenta inconvenientes y que éstos son más ostensibles que los beneficios que reporta, de aquí su repudiación por algunos juristas. Resume las desventajas de la forma en dos grandes manifestaciones: peligro en cuanto a la suerte que corran los actos jurídicos, e incomodidad en la celebración de los mismos. Existe el peligro por la posibilidad de que se incurra en un vicio de forma que origine la nulidad del acto. Este riesgo aumenta, cuando son muy numerosas las formalidades, de tal suerte que el hombre honrado, desconocedor de los negocios jurídicos, puede encontrarse a merced de un adversario astuto que se servirá de la forma para eludir sus obligaciones. El segundo inconveniente se refiere a la incomodidad que siempre ha presentado el formalismo riguroso, pues en la mayoría de los casos no es posible exigir siempre que los compromisos se hagan constar por escrito o que los convenios se revistan de las formalidades exigidas por la ley. La suerte de los negocios puede peligrar ante una muestra de desconfianza que en muchas ocasiones podría considerarse hasta injuriosa.

Desde el punto de vista moral, se ha atacado al formalismo, considerando que el derecho puede desconocer obligaciones a pesar de la palabra empeñada. La probidad exige que se cumplan los compromisos adquiridos, independientemente de que se les haya revestido o no de la forma legal. La lealtad y el comercio jurídico también pueden correr constante peligro si por defectos de forma se nulifican las convenciones entre los particulares.

Ante estas consideraciones, hace notar Ihering que es necesario deslindar los campos de la moral y del derecho, pues no es posible darle fuerza jurídica a todos los compromisos que la ética reconoce, ya que en ese caso habría que hacerlo también con los juramentos, como sucedió en el derecho canónico, confundiendo en ocasiones exigencias puramente morales, con deberes jurídicos. Además, se corre el riesgo, por este camino, de que se puedan eludir las disposiciones jurídicas a través de los juramentos. Así ocurrió con la prohibición de la usura y las medidas contra la violencia y el dolo que fracasaron a causa de los juramentos.

Fue necesario que el derecho canónico por una parte estatuyera la necesidad de cumplir los contratos usurarios, pero por otra obligara después al acreedor a la restitución.

Hace notar Ihering que en el derecho romano, al no reconocerse como obligatorio un acto desprovisto de formas, no era por deslealtad, sino porque, al no haberse observado aquéllas, era una prueba de que no había habido intención en las partes de comprometerse jurídicamente.

En contra de las desventajas antes indicadas, señala Ihering los siguientes beneficios que pueden derivarse del formalismo: En primer lugar, la forma es para los actos jurídicos lo que el cuño para la moneda, es decir, es una garantía de seguridad para que puedan circular en el comercio jurídico. Los terceros y las partes mismas podrán descansar plenamente en la validez de los negocios, una vez que se observen las formas legales. Es algo así como la etiqueta que sirve para mostrar ostensiblemente su legalidad. Los tribunales a su vez no tendrán dificultades para distinguir entre los actos válidos y nulos, así como para poder derivar de los primeros todas las consecuencias que el derecho les atribuya. Otra de las ventajas es aquella que señalaba Savigny al decir que era necesario que "los pactos no se concluyan precipitadamente, sino con prudencia, reflexionando con madurez todas sus consecuencias". La forma advierte a los interesados que se va a concluir un acto jurídico y que por lo tanto deberán cumplir todas las consecuencias que se deriven del mismo. Es así como, cuando en una conversación se pronunciaba la palabra *spondesne,* el ciudadano romano sabía que lo que hasta ese momento podría ser una plática amistosa, se convertía ya en un negocio jurídico. La forma era por lo tanto una llamada de atención para comprometerse solemnemente.

Por otra parte, las ventajas de la forma también se hacen ostensibles a través de la escritura y de la publicidad. Desde el momento en que se otorga un documento, los compromisos ya no quedan a la memoria, ni a las interpretaciones múltiples que pudieren darse al simple recuerdo de las palabras empleadas. La escritura permite precisar los términos, mismos de los negocios jurídicos. Puede en ocasiones evitar que los contratos o testamentos se hagan públicos, como tendría que hacerse si sólo se otorgaran verbalmente ante testigos. La forma también permitirá la intervención de funcionarios dotados de fe pública para darles autenticidad a los actos jurídicos, evitando así múltiples controversias. La inscripción en determinados registros, para darle publicidad a ciertos actos, como los del estado civil o a determinados contratos, como los que afectan la propiedad inmueble, es también otra de las ventajas que se derivan

de la forma escrita y de la intervención de los funcionarios del Estado dotados de fe pública.

En el balance que formula Ihering respecto a las ventajas y desventajas del formalismo, concluye reconociendo la necesidad de que en el derecho en general se mantenga la observancia de determinadas formalidades para la validez de los actos jurídicos.

8.—*La forma como elemento de prueba, sin afectar la validez del contrato.*—En ocasiones, el Código procesal exige que los contratos consten por escrito, para que puedan ser debidamente probados, o bien para que se dé entrada a una demanda en que se invoque un determinado contrato. Si éste no consta por escrito, según disposición del Código procesal o del mercantil, el juez no debe dar entrada a esa demanda.

En estos casos la ley requiere la forma escrita, no como un elemento de validez en la expresión del consentimiento, sino simplemente como un elemento de prueba. Por ejemplo, no puede intentarse una demanda de tercería excluyente de dominio aun respecto de bienes muebles, si no se presenta el título que justifique la propiedad de los mismos.

El contrato de compraventa que se celebre respecto de bienes muebles, cualquiera que fuere su valor, es jurídicamente válido aun cuando se haya hecho en forma verbal, o bien, aun cuando se hubiere recurrido al consentimiento tácito, porque el comprador haya tomado la mercancía y depositado el precio. Y no obstante la validez civil o mercantil de este contrato, si llega el momento en que el comprador reclame la propiedad de esos bienes mediante demanda de tercería excluyente de dominio, tiene que justificar la existencia del contrato exhibiendo el título relativo a la compraventa. Por esto es conveniente hacer la distinción entre la forma como elemento de validez del contrato, y la forma como simple medio de prueba.

Tenemos además otro caso: las excepciones oponibles después de sentencia o de convenio judicial que tenga los efectos de sentencia, deben constar en instrumento público o en documento judicialmente reconocido en autos. Supongamos que la excepción que se opone después de dictada la sentencia, sea la de novación. Esta jurídicamente no debe constar en escritura pública ni en documento judicialmente reconocido. Es válido el contrato de novación si consta de una manera expresa, por ejemplo, en una carta; lo único que requiere el Código Civil es que la novación conste expresamente en cualquier documento privado o público, pero cuando se hace valer la novación como excepción después de dictada sentencia, debe exhibirse la escritura pública en que conste, o

un documento judicialmente reconocido por las partes, que la consagre. Si no se presenta alguno de estos instrumentos, el juez de plano rechazará la excepción opuesta, y es que en este caso el derecho procesal exige un elemento de forma, no para la validez civil del contrato, sino para su justificación y procedencia en juicio. Dice al efecto el artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal: "Contra la ejecución de las sentencias y convenios judiciales no se admitirá más excepción que la de pago, si la ejecución se pide dentro de ciento ochenta días; si ha pasado este término, pero no más de un año, se admitirán, además las de transacción, compensación y compromiso en árbitros; y transcurrido más de un año serán admisibles también la de novación, la espera, la quita, el pacto de no pedir y cualquier otro arreglo que modifique la obligación; y la de falsedad del instrumento, siempre que la ejecución no se pida en virtud de ejecutoria o convenio constante en autos. Todas estas excepciones, sin comprender la de falsedad, deberán ser posteriores a la sentencia, convenio o juicio, y constar por instrumento público o por documento privado judicialmente reconocido o por confesión judicial. Se substanciarán estas excepciones en forma de incidente, con suspensión de la ejecución, sin proceder dicha suspensión cuando se promueva en el incidente respectivo, el reconocimiento o la confesión. La resolución que se dicte no admite más recurso que el de la responsabilidad."

9.—*Código Napoleón.*—En el Código Napoleón no se enuncia, al hablar de los elementos de validez de los contratos, a la forma como un requisito para que el contrato surta efectos legales; simplemente el artículo 1108 de ese Código dice así: "Cuatro condiciones son esenciales para la validez de un convenio: el consentimiento de la parte que se obliga; su capacidad de contratar; un objeto cierto que forma la materia de la obligación; una causa lícita en la obligación".

Sin embargo, en dicho Código, aunque no se menciona la forma como elemento de validez para los contratos en general, en la reglamentación que en particular se hace de determinados contratos, principalmente de los translativos de dominio, se exige la forma escrita, y en el contrato de donación no sólo se exige como elemento de validez, sino como una solemnidad, es decir, el contrato será inexistente si la donación no se formula por escrito en los términos que determina el Código Civil francés.

"Definición.—El contrato es "solemne" cuando la voluntad de las partes, expresada sin formas exteriores determinadas, no basta para su celebración, porque la ley exige una formalidad particular en ausencia de la cual el consentimiento no tiene eficacia jurídica.

Enumeración.—Estos contratos son muy poco numerosos. Deben separarse el matrimonio y la adopción, que son contratos constitutivos de la familia. Entre

los contratos patrimoniales, cinco son solemnes: El contrato de matrimonio que reglamenta los intereses patrimoniales de los esposos (art. 1394); 2o. La donación (art. 931); 3o. La constitución de hipoteca (art. 2127); 4o. La subrogación en la hipoteca legal de la mujer casada (L. 23 de marzo de 1855, art. 9); 5o. La subrogación en los derechos del acreedor cuando es consentida por el deudor (art. 1250-2o.)". (Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, págs. 29 y 30).

10.—*Proyecto de García Goyena.*—Es en el proyeto citado en donde se menciona, al enunciar los requisitos de validez en el contrato, a la forma como un elemento nuevo. Se explica en este proyecto que el consensualismo puro del Ordenamiento de Alcalá y de la Novísima Recopilación no era una garantía eficaz ni una seguridad en los contratos; que principalmente la forma en el derecho moderno ya no es un simple símbolo, como aconteció en el derecho romano; que la forma es indispensable para la seguridad de los contratantes, para que conste de una manera auténtica la voluntad, porque existen problemas de interpretación respecto a las obligaciones de las partes y al alcance jurídico de los términos en que cada parte quiso obligarse.

Se había considerado como una evolución, comparando el derecho romano con el moderno, suprimir la forma como símbolo que era en ocasiones completamente inútil; pero si se acepta que la expresión de la voluntad puede hacerse libremente, sin requerir en ciertos contratos que conste por escrito, habrá un motivo constante de inseguridad en los contratantes, porque se dejaría a la memoria infinidad de datos que necesariamente originarían después conflictos o controversias. Por esto en el proyecto del Código español de García Goyena se vuelve a la forma, pero ya no como simbolismo del derecho romano, sino como un principio de orden, de seguridad y de garantía para los contratantes.

En el antiguo derecho español se regula en el Ordenamiento de Alcalá, que pasa a la Novísima Recopilación, el consensualismo puro en los contratos, en virtud de que se dice que los contratos obligan, independientemente de la forma o solemnidad que se hubiera empleado; que de cualquier manera que aparezca que uno se quiso obligar, resultará obligado sin que sea necesaria una estipulación, que quiere decir promesa con cierta solemnidad. Expresamente en el Ordenamiento de Alcalá se suprime la estipulación del derecho romano y se reconoce lo que después, en el derecho moderno se enuncia diciendo que el consentimiento en los contratos consensuales se perfecciona por la simple manifestación de voluntades, sin requerir formalidad alguna para su expresión.

11.—*Código Civil de* 1870.— Entre nosotros, hasta antes del Código de 1870, se siguieron observando las disposiciones del Ordenamien-

to de Alcalá y de la Novísima recopilación, en cuanto al régimen de los contratos en general, y por esto existió el consensualismo puro. A partir del Código de 1870, se consagra ya en un principio moderno aquel consensualismo del Ordenamiento de Alcalá. Los artículos 1392, 1395, 1403 y 1439 del Código de 1870, regulan el consensualismo en los siguientes términos: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley". "Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: 1a. Capacidad de los contrayentes; 2a. Muto consentimiento; 3a. Objeto lícito". "La manifestación del consentimiento debe hacerse de palabra, por escrito o por hechos por los que necesariamente se presuma". "La validez de los contratos no depende de formalidad alguna externa; menos en aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa".

No obstante que en el Código de 1870 se regula el consensualismo puro de acuerdo con los artículos antes transcritos, al reglamentarse los diferentes contratos, se contradice dicho consensualismo, para exigir una forma determinada en ciertos contratos, especialmente en los translativos de dominio, en el arrendamiento, en la sociedad y en la hipoteca; y en tal forma son abundantes las excepciones, que el sistema del Código de 1870 constituyó, según el estudio de Macedo, un sistema contradictorio, por cuanto que las reglas generales, admitiendo el consensualismo en los contratos, sufren constantes excepciones. El contrato de compraventa de inmuebles era formal; el contrato de permuta también lo era, para bienes raíces; la donación para bienes muebles de cierta cuantía, y para toda clase de bienes raíces, era asimismo un contrato formal, y en estos tres contratos translativos de dominio la formalidad debería manifestarse por escrito, en documento privado o en documento público, según el valor de la cosa.

La sociedad también era un contrato formal que debería constar por escrito; la hipoteca debería otorgarse en escritura pública, y cuando era inferior a quinientos pesos en documento privado.

El contrato de arrendamiento también constaba por escrito. Quedaban como contratos que no requerían forma escrita, el comodato, el depósito, el mutuo y la prenda; pero en ellos se aceptaba también, independientemente de la formalidad por escrito, la entrega de la cosa, como un requisito necesario para la constitución del contrato.

12.—*Código Civil de* 1884.—Tomando en cuenta estas razones que demostraban un sistema contradictorio en el Código de 1870, explica Macedo en sus *Datos para el Estudio del Nuevo Código Civil* (se refiere al Código de 1884), que la Comisión encargada de redactar dicho Código, consideró conveniente suprimir los artículos generales que admitían el consensualismo, para exigir, como se hace en el proyecto de García Goyena, la forma como un elemento más en la validez de los contratos, excepto en aquellos casos en que la ley no la requiriera. Por esto el Código de 1884 impone en la enumeración de los elementos de validez, el requisito de forma. Dice el Art. 1279: "Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: IV.—Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley".

Transcribimos a continuación el comentario de Macedo en relación con el requisito de forma que exigió el artículo 1279 del Código anterior, como un elemento más para la validez de los contratos:

"Como hemos dicho, al determinar formalidades externas especiales para ciertos contratos, el legislador se ha propuesto evitar litigios y poner a salvo, fuera de toda duda y de todo ataque, los derechos que ha creído de mayor importancia, como son los de propiedad raíz, o que ha considerado más expuestos a abusos, como los de seguros, etc. A fin de proteger este interés social, se han establecido formas especiales y necesarias, que no pueden ser modificadas ni dispensadas por contrato: Privatorum conventio juri publico non derogat. (Dig. Ley 45, núm. 1, Tít. XVII, Lib. L). Para dar sanción a este precepto, ha sido necesario declarar nulos los contratos celebrados sin respetarlo, que es lo que se ha hecho al adicionar el artículo en cuestión. La reforma hecha en él, combinada con la hecha en el art. 1392 a., 1276 del nuevo Código, hace ya insostenible, según nuestra humilde opinión, la doctrina frecuentemente sostenida en la práctica de que el contrato celebrado sin las formalidades externas prescritas por la ley da acción para reclamar que se llenen esas formalidades, y una vez llenadas, para reclamar el cumplimiento del contrato: esta teoría desvirtúa, fundamentalmente los preceptos legales, pues no hace sino alargar un poco el camino para obtener la ejecución del contrato y autorizar que se llegue a exigir el cumplimiento de una obligación nula, lo cual es un contrasentido. Creemos que las disposiciones del nuevo Código en esta materia alejan todo peligro e impiden toda discusión; conforme a ellas, sólo son obligatorios los contratos legalmente celebrados, y no son válidas sino las obligaciones contraídas en la forma exigida por la ley. Véanse los arts. 1322 y 1323 del nuevo Código y los arts. 9 y 10 del nuevo Código de Procedimientos, que corresponden a los 10, 11 y 12 del de 1880, los cuales establecen un caso de excepción, que a nuestro juicio es el único que existe; dichos artículos se refieren al caso de minuta firmada ante notario, la cual consideran como instrumento que puede ser equiparada a las escrituras públicas en cuanto a fuerza probatoria".

Los artículos 1322 y 1323 del Código de 1884 reglamentaron la forma externa de los contratos, en los siguientes términos:

"Todo contrato a plazo por más de seis meses y cuyo interés exceda de doscientos pesos, necesita para ser válido constar precisamente por escrito, ya sea otorgándose el contrato mismo en documento privado, ya otorgándose recibo u otra constancia escrita, salvos los casos comprendido en disposiciones especiales. Si las prestaciones del contrato fuesen periódicas su cuantía será regulada por el monto de una anualidad. Cuando la persona que deba firmar un documento no supiere escribir, firmará por ella otra persona a su ruego ante dos testigos". "Ningún contrato necesita para su validez más formalidades externas que las expresamente prevenidas por la ley".

Es decir, el Código de 1884 invirtió el sistema del anterior. Del consensualismo y puro y contradictorio de aquella legislación, se pasó al formalismo, porque en general los contratos requieren para su validez, según el Código anterior, las formalidades externas que en cada caso exija la ley, y además se dispone que todo contrato a plazo por más de seis meses, y por valor de más de doscientos pesos, debe constar por escrito.

Posteriormente, en el régimen de los contratos en particular, se estatuyen las mismas formalidades que había exigido el Código de 1870 para los contratos translativos de dominio, para el arrendamiento, la hipoteca y la sociedad; pero ya no existe la contradicción que aquel Código provoca entre sus reglas generales y las particulares de cada contrato.

13.—*Código Civil vigente.*—En nuestro Código vigente se prescribe un sistema mixto entre los Códigos de 1870 y 1884; ni es el consensualismo puro y contradictorio del de 1870, ni tampoco el formalismo general, con ciertas excepciones, del de 1884. Se estatuye para elaborar un sistema coherente, que en los contratos, para su validez, se requiere la observancia de la forma únicamente en los casos expresamente determinados, y a renglón seguido, en un artículo aparte, se dice que fuera de estos casos, los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento, es decir, el mismo artículo del Código de 1870 que postuló el consensualismo en términos generales.

Pero este consensualismo, para no ser contradictorio, se acepta sólo en aquellos casos en que la ley no requiera expresamente la observancia de una formalidad por escrito.

También el Código vigente repite el precepto del Ordenamiento de Alcalá, que aceptó el Código de Comercio, según el cual en los con-

tratos cada quien se obliga en la manera y términos en que aparezca que uno quiso obligarse, sin que sea necesario observar alguna formalidad o solemnidad. Los artículos respectivos son el 1795 que dice: "El contrato puede ser invalidado: IV.—Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece". En 1796: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley".

En vez de este artículo, en el Código de 1884 se decía que los contratos legalmente celebrados serían puntualmente cumplidos, y los contratos legales celebrados, según ese Código, eran aquellos que revestían la forma exigida por la ley. Decía a este respecto el Art. 1276: "Los contratos legalmente celebrados obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley".

Por último, los Arts. 1832 a 1834 del Código vigente reglamentan la forma en los contratos en general. En el 1832 se reproduce el principio del Ordenamiento de Alcalá: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley". El 1833 consagra una novedad en cuanto a aquellos contratos nulos en los que no se hubiera observado la formalidad prescrita, pero en los que constara claramente cuál fue la voluntad de las partes. Dice así dicho precepto: "Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal". Confirma la misma idea el artículo 2232 al estatuir: "Cuando, la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley". El Código vigente permite en este caso, si hay constancia que demuestre cuál fue la voluntad de las partes, que mediante un juicio, en el caso de oposición, se le dé al contrato la forma omitida, y el juez firme en rebeldía del demandado. En el Código de 1884 no se permitía, según la interpretación de Macedo, que los contratos nulos por defecto en la forma se elevaran a contratos válidos por un

procedimiento judicial, firmando el juez en rebeldía, porque esto era dar efectos a un contrato nulo, y el Código procesal sólo admitía, en el caso de las minutas otorgadas ante notario, que se elevaran a escritura pública, pero no existía ningún otro precepto, ni en el Código Civil, ni en el procesal, para aquellos otros contratos, que no constaran en minuta a efecto de que se les diera la forma omitida, a través de un procedimiento judicial en que el juez otorgara el contrato en rebeldía del demandado. Los artículos 8o., 9o., y 10o. del Código de Procedimientos Civiles de 1884, que rigió en el Distrito y Territorios Federales, venían a completar el sistema del Código Civil anterior, estatuyendo lo siguiente:

"Ninguna acción, sea real o personal, puede intentarse si no se acompaña el título legal que la acredite en todos los casos en que el Código Civil exige para la validez de los contratos que se otorguen en escritura pública o en escrito privado; los jueces desecharán de plano toda acción de esta clase que se intente sin ese requisito, bajo la pena de suspensión de uno a seis meses" "Siempre que sea obligatorio por la ley o por convenio de las partes, que un contrato conste en escritura pública, y se niegue alguno de los coñtratantes a firmarla, podrá el otro obligarle a hacerlo o a que le indemnice de los daños y perjuicios. A este efecto, los notarios no extenderán en sus protocolos ningún instrumento sin exigir previamente que los interesados firmen ante ellos la minuta o borrador; o que, si no saben firmar, den su consentimiento expreso ante el mismo notario y dos testigos mayores de toda excepción, lo cual se hará constar en el instrumento". "En los casos en que se hayan llenado los requisitos que previenen el artículo anterior, y la parte que se oponga a firmar no justifique las excepciones que tenga para no hacerlo, firmará el juez, haciendo que se anote así en la escritura; y ésta, después que el fallo cause ejecutoria, será considerada como título perfecto".

En el Código Civil vigente los Arts. 1833 y 2232 antes transcritos, vienen a derogar el formalismo rígido de los Códigos Civil y procesal de anterior vigencia. Por lo demás, esta innovación está de acuerdo con los fines de la forma tal como se regula en el derecho moderno, pues si la voluntad de las partes consta de manera auténtica, aun cuando no se haya observado la formalidad específica que requiera la ley, es evidente que el contrato sí debe producir efectos, pero después de que se haya elevado, previo el juicio correspondiente, a la forma requerida. En este sentido el Art. 27 del Código de Procedimientos Civiles en vigor dispone que: "El perjudicado por falta de título legal tiene acción para exigir que el obligado le extienda el documento correspondiente"

Por último, en el Art. 1834 se reglamenta la manera de otorgar el contrato que debe constar en documento privado: "Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego, y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó".

14.—*Consecuencias jurídicas para el caso de inobservancia de la forma.*—En nuestro derecho, según hemos dicho, se clasifican los contratos, desde el punto de vista de la forma, en consensuales y formales. No hay contratos solemnes. Los consensuales son aquellos que no requieren para su validez, formalidad alguna especial y, por lo tanto, el consentimiento puede manifestarse en forma expresa o tácita, y en la expresa son válidas las tres maneras que hemos indicado, es decir, la expresión escrital, la oral o por señas.

En nuestro derecho sólo existen contratos formales o consensuales. No tenemos contratos solemnes. Es decir, la forma no se eleva a la *categoría de solemnidad,* como acontece en el derecho francés, para que se convierta en un elemento de existencia en ciertos contratos, y no simplemente de validez. Cuando el Código Civil mexicano exige que el contrato conste por escrito o en escritura pública, trátese del Código de 1884 o del vigente, siempre es posible purgar el vicio de nulidad, cuando no se observa esa forma, mediante ratificación expresa, cumpliendo con las formalidades omitidas, o por ratificación tácita, cumpliendo voluntariamente la obligación o ejecutando algún otro acto que implique el cumplimiento voluntario, como por ejemplo, novándola. O bien, queda convalidado el contrato si se deja transcurrir el término necesario para intentar la acción de nulidad y no se hace; la nulidad entonces prescribe.

En cambio, si la forma fuera un elemento de *solemnidad* en nuestro derecho, *el contrato no produciría efecto legal,* en ningún tiempo; no habría prescripción y en cualquier momento todo interesado podría pedir que el Juez, en caso de controversia, registrara la inexistencia. Además; el contrato no podría convalidarse retroactivamente, ni por la ratificación expresa, ni por la tácita.

En los contratos *solemnes del derecho francés,* cuando no se observa la solemnidad omitida, el contrato surte sus efectos a partir del momento en que se otorga válidamente el acto. En cambio, en los contratos formales del derecho mexicano, éstos quedan convalidados retroactivamente,

cuando se observa la formalidad omitida, para que surtan sus efectos desde la fecha en que se otorgaron en forma irregular. (Véanse los artículos 2228, 2231, 2234 y 2235 del Código Civil vigente).

Por otra parte, en los contratos formales *sólo las partes* pueden invocar la acción de nulidad, en tanto que en los solemnes cualquiera que tenga interés jurídico puede pedir que se registre la inexistencia, si se invoca el contrato que debiendo ser solemne, no se otorgó en la forma prescrita por a ley.

En cambio, *si el contrato fuera solemne,* si nuestra legislación admitiera esta clase de actos jurídicos, como los admite para ciertos actos del estado civil, (matrimonio, adopción, emancipación, reconocimiento de un hijo), bastaría con que el litigante interesado invocara la inexistencia del documento rendido como prueba, para que el juez sin necesidad de juicio especial, en su sentencia, al estudiar el valor probatorio de aquel documento, lo declarara inexistente.

Esto ocurre en nuestro derecho sólo *para ciertos actos del estado civil.* Si se presenta en un juicio un acta del Registro Civil que sólo lleve de acta el nombre porque se hubiere otorgado ante notario, supongamos, o bien en forma de documento privado, o ante una autoridad que no sea el oficial del Registro, o si el propio oficial la hubiera levantado en una hoja por separado, sin hacerla constar en los libros, y se pretendiera probar el estado civil de una persona o algún punto relativo a la adopción, al matrimonio, etc., con ese documento, el contrario podría invocar la inexistencia, por no haberse observado la solemnidad prescrita por el Código Civil, y el juez, al estudiar el valor probatorio de ese documento, sin necesidad de juicio, declararía que por no haberse observado la solemnidad prescrita, no tendría valor probatorio alguno.

Resuelta esta cuestión previa de si en nuestro derecho existen contratos solemnes, trataremos una cuestión análoga; determinar si en nuestro derecho existen solemnidades probatorias, denominadas *solemnitates ad probationem.*

Se distingue entre la solemnidad como un elemento de existencia de los actos jurídicos, y la solemnidad como un medio de prueba en los contratos o en los actos jurídicos. En los *actos del Registro Civil,* la solemnidad juega ambos papeles; es un elemento de existencia del acto, y es también la forma de probar, por disposición expresa del Código Civil, el estado civil de las personas.

El derecho procesal en ocasiones exige cierta prueba como solemnidad para justificar en juicio el acto jurídico o el contrario, no obstante que el derecho civil no exija esa prueba para la validez de los mismos.

En estos casos se trata de una *solemnidad ad probationem,* que no puede suplirse con ningún otro medio de prueba. Si la ley requiere, para dar entrada a la *demanda de tercería excluyente de dominio,* que se presente el título, ésta es una *solemnidad ad probationem,* que no puede suplirse con la confesión judicial, que es la mejor de las pruebas, o con la prueba testimonial, no obstante que éstas pudieran tener un valor probatorio pleno.

Por tanto, en nuestro derecho *no* existen *contratos solemnes,* pero *sí solemnidades* para la justificación de ciertos contratos, en el sentido de que única y exclusivamente pueden comprobarse en juicio, en la forma prescrita por la ley, sin que sean eficaces otros medios de prueba.

15.—*Purga del vicio de nulidad, cuando no se observa la formalidad prescrita por la ley.*—De acuerdo con lo expuesto, como todo contrato formal, cuando no se otorga válidamente, *está afectado de nulidad relativa,* existe en nuestro derecho la posibilidad de purgar el vicio mediante el *cumplimiento voluntario, por ratificación tácita, ratificación expresa,* o bien por el transcurso del tiempo, *merced a la prescripción negativa.*

Tanto la *ratificación* tácita como la expresa suponen que el interesado en la nulidad conoce el vicio; que no obstante que lo conoce, *renuncia a la acción* de nulidad y en forma consciente cumple voluntariamente un contrato nulo, o bien otorga la forma omitida. Por lo tanto, si en el cumplimiento voluntario de una obligación nula existe *error,* debido a que se *pensó que el contrato era válido,* este cumplimiento voluntario *no* viene a *purgar* el vicio de nulidad. La manera general de purgar el vicio por el cumplimiento voluntario es *ejecutando el pago o novando la obligación.*

En la *novación* se substituye la obligación antigua por una nueva; pero es preciso que aquel que ejecuta el pago o celebre la novación, sepa que el *contrato es nulo,* y que renuncie a la nulidad cumpliendo voluntariamente.

En la *ratificación expresa,* existe desde luego el conocimiento de que en el contrato no se observaron las formalidades legales, y por esto es preciso otorgarlo nuevamente, cumpliendo con esas formalidades. Es evidente que en toda ratificación expresa existe la conciencia plena de que el contrato, siendo nulo, se cumple, y además se renuncia a la acción de nulidad.

Por último, en la *prescripción,* la ley presupone que el interesado conoce el vicio y no intentó la nulidad; que dejó transcurrir el tiem-

po necesario para que ese contrato quedara convalidado; que hay, por consiguiente; una *renuncia tácita de la acción* y que existe el mismo fundamento que en la ratificación expresa o tácita para convalidar retroactivamente el contrato.

Las disposiciones que en esta materia estatuye el Código vigente, concuerdan con las del *Código de* 1884. En éste el Art. 1679 disponía: "La *ratificación y el cumplimiento voluntario* de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquier tiempo en que se hagan, extinguen la acción de nulidad; *exceptuándose* los casos en que la *ley* expresamente *dispone lo contrario*".

En el *Código vigente* ya no se reproduce el mismo precepto, pero el *Art.* 2234 permite en términos generales *convalidar* toda obligación afectada de nulidad relativa, mediante la ratificación tácita. Además en el Art. 2231 se acepta la *ratificación expresa* para los casos de inobservancia de la forma. Dicen así dichos preceptos: "El cumplimiento voluntario por medio de pago, novación, o por cualquier otro modo, se tienen por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad". "La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley, se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida".

Art 17 C. Civil

CAPITULO V

La Lesión en los Contratos

1.—*Planteamiento del problema.*—La lesión en los contratos plantea *un serio problema en el derecho*, porque para su *solución* entran en *conflicto aparente* dos de los valores fundamentales que debe realizar todo ordenamiento jurídico: *La justicia y la seguridad*.

En efecto, *el principio de justicia conmutativa* exige que las prestaciones en los contratos *bilaterales-onerosos, guarden cierta equivalencia*. Todo desequilibrio notable entre el valor de esas prestaciones, va por consiguiente en contra del valor justicia. Ya *Aristóteles* en su clásica disertación sobre la justicia, estimó que una de las clases de la misma, es decir, la *justicia conmutativa*, exige que reine la equivalencia en el comercio jurídico de la contratación, por lo que se refiere al intercambio de los valores, cosas o servicios que motive el trato humano, cuando existan prestaciones recíprocas.

Ligado con el *principio* de justicia que informa constantemente toda la materia contractual, está el *de la buena fe* que a su vez requiere que *no se explote la ignorancia, la inexperiencia o la miseria,* como *dice el Art. 17 del Código Civil vigente,* o la *penuria, ligereza, necesidad, etc., a que aluden los Arts. 138 del Código Civil alemán y 21 del Código suizo de las Obligaciones.*

Los principios de justicia de equidad y de buena fe, entran en juego en el problema de la lesión, con otro postulado no menos importante en los contratos, o sea, *el que consagra la obligatoriedad de los mismos, dando lugar al principio pacta sunt servanda.* Ahora bien, *el que los pactos sean puntualmente cumplidos, es tan importante como el que sean justos.* De aquí el *conflicto* que origina la lesión, pues se tiene que admitir que no obstante el contrato celebrado, *no debe ser cumplido, porque es injusto.* La *obligatoriedad* del pacto tiene que *subordinarse* al *principio de justicia,* si admitimos que la ruptura en la equivalencia de las prestaciones es causa suficiente para que el contratante perjudicado no esté obligado a cumplir. En cambio, si consideramos que la obligatoriedad del contrato es de más importancia que la justicia en el mismo, habrá que concluir en el sentido de que bastará que el contrato se haya celebrado, para que deba ser puntualmente cumplido.

2.—*Solución del problema que origina la lesión en los contratos.*— En nuestro concepto, la *solución* del problema *no* radica en dar *predominio a la seguridad o a la justicia* simplemente, sino que la cuestión es más compleja porque *entran en juego también los principios de licitud y buena fe* que deben tomarse en cuenta como factor importante en la decisión del caso.

No sería bastante el solo principio de justicia para modificar la obligatoriedad del contrato. Es decir, el desequilibrio en las prestaciones como vicio objetivo, no justifica desde el punto de vista axiológico, el triunfo de la justicia sobre la seguridad. El derecho positivo considera más importante en este simple conflicto, la obligatoriedad del contrato sobre el desequilibrio patrimonial y la prueba de ello radica en que sólo por excepción el derecho romano, *el Código Napoleón, nuestros Códigos de 1870 y 1884, admitieron exclusivamente para la compraventa la rescisión por lesión enorme o enormísima,* limitándola en muchos aspectos como ocurrió en el *Código francés,* según se explicará después.

Pero el propio *derecho positivo* toma en cuenta además, como valor importante para la solución del problema, *los principios de la li-*

citud y de la buena fe en la contratación, de tal manera que si además de que se atente contra la justicia por un vicio objetivo que suponga el desequilibrio entre las prestaciones, *ha existido en el caso una conducta inmoral de un contratante* que *explota la inferioridad espiritual o económica del otro, habrá que concluir que en este conflicto axiológico o de estimativa jurídica, deben vencer la justicia, la licitud y la buena fe en los contratos, sobre la seguridad jurídica* representada por el principio de obligatoriedad en los mismos a través de la norma: *pacta sunt servanda.*

Además, la *seguridad jurídica* no *exige incondicionalmente que los contratos sean siempre cumplidos,* pues también *debe subordinar* su obligatoriedad *a su legal celebración.* Es decir, el principio *pacta sunt servanda,* al estatuir que los contratos legalmente celebrados deben ser cumplidos, parte de la hipótesis de que la obligatoriedad dependerá de la legal celebración del contrato, que a su vez supone la observancia de todas sus condiciones de validez. Ahora bien, ya hemos explicado que es *una condición de validez* aquella que requiere que el contrato *tenga un objeto lícito* desde todos los aspectos que permitan considerar al acto jurídico en su totalidad. Por lo mismo, *debe haber licitud* no sólo en el *objeto en sentido estricto,* sino también en *el motivo, fin y condición del acto.* Para los *causalistas* habrá que decir que la licitud no sólo debe ser respecto al objeto, *sino también en cuanto a la causa.* En consecuencia, *la lesión debe invalidar el contrato, sin atentar contra la seguridad jurídica* y la obligatoriedad de los pactos, cuando haya ilicitud debida a la explotación con un contratante por otro, que se aprovecha de la inferioridad espiritual (ligereza, ignorancia, inexperiencia) o económica (penuria, miseria o estado de necesidad) del perjudicado. De esta suerte, podemos decir que *por no estar el contrato legalmente celebrado, dada su ilicitud, no debe ser puntualmente cumplido, sin atentar así contra la norma pacta sunt servanda.* A su vez, la ilicitud supone el desequilibrio en las prestaciones, para que pueda haber explotación, y de esta suerte se conjugan o *armonizan los valores fundamentales del derecho*: *la justicia, la seguridad y la licitud en el trato humano.*

Más que un triunfo de la justicia y la licitud, sobre la seguridad, existe en verdad la armonía de esos valores fundamentales, desapareciendo en consecuencia el conflicto entre los mismos.

3.—*Evolución histórica del concepto de lesión.*—Partiendo del derecho romano, analizaremos la evolución que ha sufrido la lesión en los contratos. A este efecto estudiaremos por separado respectivamente el

derecho romano, el antiguo derecho español, el derecho intermedio, el Código Napoleón, nuestros Códigos de 1870 y 1884, el Código suizo de las Obligaciones, el Código Civil alemán y nuestro Código Civil vigente.

El objeto de esta investigación histórica será el de comprobar cómo la lesión ha sido considerada en el derecho positivo. Mostraremos que aun cuando en un principio, es decir, partiendo del derecho romano, se le reputó como un vicio objetivo, basado en la desproporción de las prestaciones, en el fondo dicha desproporción sólo se tomó en cuenta como un síntoma revelador de un vicio del consentimiento, generalmente error o estado de necesidad que coaccionaba la voluntad en forma semejante a la violación moral. Puede decirse que tanto el derecho romano, como el Código Napoleón y nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, al definir la lesión como un vicio objetivo derivado de la falta absoluta de equivalencia en las prestaciones que recíprocamente se transmitían los contratantes, sólo atendió a ese desequilibrio patrimonial como manifestación externa, pero siguió considerando que la verdadera causa era un vicio interno, es decir, un estado subjetivo de la víctima de la lesión, originado bien sea por error o ignorancia, o por un estado de necesidad que generalmente en la compraventa obligaba al vendedor (según la concepción francesa) o a ambas partes (según nuestros Códigos anteriores) a celebrar el contrato, no obstante que era notoria o chocante la desproporción entre el valor del precio y el de la cosa.

En el *derecho romano* se consideraba que aquel que vendió por un precio ínfimo lo hacía *en forma no libre,* obligado por la necesidad o las circunstancias. Respecto de los menores, el pretor estimó que por su ligereza o inexperiencia, es decir, por verdaderos vicios de la voluntad, solían sufrir quebrantos patrimoniales. Es así como la simple lesión objetiva no justificó en el fondo la rescisión del contrato, teniéndose que acudir a la verdadera causa o sea, al vicio subjetivo. La desproporción en las prestaciones sólo fue el síntoma que hizo presumir *juris et de jure un vicio de la voluntad.*

En el *derecho francés* anterior al Código Napoleón, también la lesión se consideró como un *vicio objetivo* en lo externo, pero como reveladora de un vicio subjetivo. La opinión de *Pothier* nos autoriza a considerar que también tal concepto debió haber inspirado a los redactores del Código Napoleón. Decía el citado autor que "Hay imperfección en el consentimiento de la parte lesionada, porque no ha querido donar lo que ha donado por el contrato, sino en el falso supuesto de que lo que recibía en cambio, valía tanto como lo que daba, y estaba en la

disposición de no querer darlo, de haber sabido que lo que recibía menos". (Ob. cit., núm. 33). El mismo Pothier en su *Traité du contrat de vente,* núm. 352, estimó que la rescisión de la venta por causa de lesión se justificaba debido a la "apremiante necesidad del vendedor", o sea, algo, semejante a la violencia moral que coacciona la voluntad.

En el análisis que haremos de nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 seguiremos considerando la misma idea. Una concepción integral de la lesión que permite ya considerarla de una manera franca, como un *vicio subjetivo y objetivo a la vez,* se inicia con el Código Civil alemán, y se reproduce esta idea en el Código suizo de las Obligaciones y en nuestro Código Civil vigente.

Por último, en algunos Códigos como *el argentino, el brasileño y el portugués,* se ha considerado que la lesión no puede producir ningún efecto jurídico fuera de los vicios del consentimiento. Es decir, si no hay error, dolo o violencia que motive la desproporción en las prestaciones, *el simple desequilibrio* patrimonial o vicio objetivo *no puede originar la ineficacia del contrato;* pero si esa falta de equivalencia obedece a error, dolo o a violencia, será exclusivamente por alguno de estos vicios y no por la lesión misma como se originará la nulidad del contrato. De esta suerte, la lesión simplemente vendría a presentarse como una circunstancia agravante del vicio mismo de la voluntad que por sí solo es suficiente para causar dicha nulidad, aun en el supuesto de que no hubiese la desproporción en las prestaciones.

Hasta ahora la evolución histórica del concepto de lesión nos ha permitido distinguir los siguientes aspectos: a).—Lesión como un vicio objetivo externo en tanto que es síntoma de un verdadero vicio subjetivo o interno (derecho romano, Código Napoleón y Códigos de 1870 y 1884); b).—Lesión como un vicio subjetivo y objetivo a la vez (Código alemán, Código suizo de las Obligaciones y Código Civil de 1928) y c).—Lesión como un dato inoperante en el derecho por sí sola. Sólo se le toma en cuenta si hay un vicio de la voluntad, en cuyo caso será circunstancia agravante (Códigos de Argentina, Brasil y Portugal).

El autor francés Demontès, en su obra *De la lesión dans les contrats entre majeus,* considera una nueva fase de la lesión como vicio exclusivamente subjetivo, atribuyendo esta nueva forma a las legislaciones anglosajonas. *Se estima que hay una presunción de violencia o de error en los casos en que haya desequilibrio patrimonial entre las prestaciones.* En verdad, la lesión nunca puede ser un vicio exclusivamente subjetivo, pues por definición supone de manera necesaria que haya desproporción entre las prestaciones y, por lo tanto, el vicio objetivo es siempre im-

prescindible. Si no hay tal desproporción, no puede haber lesión. Es decir, no basta el error, el dolo o la violencia para que se considere que hay lesión, pues estos vicios del consentimiento existen aun cuando no hay desproporción en las prestaciones. Motivan la nulidad del contrato aun cuando exista la equivalencia en los valores, bienes o servicios que se transmitan las partes. Por este motivo creemos que en el fondo las legislaciones que según Desmontès puedan considerarse como sancionadoras de la lesión en tanto que es un vicio subjetivo, en rigor le dan el carácter mixto, es decir, subjetivo y objetivo a la vez, por cuanto que admiten que hay una presunción de error o de violencia (vicio subjetivo) cuando haya una desproporción cualquiera entre las prestaciones (vicio objetivo). Sólo cabría admitir el carácter preponderantemente subjetivo de la lesión, cuando a pesar de una desproporción de poca monta, se invalide el contrato, a diferencia de los sistemas en donde se regula francamente la lesión como vicio subjetivo y objetivo a la vez, que requieren una desproporción notoria o chocante en el valor de las prestaciones.

Pasaremos ahora al examen de las distintas legislaciones.

4.—*Derecho romano.—La lex Plaetoria* concedió a los menores de *veinticinco años* la rescisión de los contratos en los que *sufrieren lesión.* El pretor también concedió, mediante la *in integrum restitutio,* por razones de equidad, un medio *a los menores* para lograr la devolución de aquello que hubieren transmitido por virtud del contrato lesivo a sus intereses.

5.—*Código Napoleón.*—El primer proyecto de Código Civil francés no mencionó en lo absoluto a la lesión.

Portalis fue el primero que nuevamente volvió a defender la acción rescisoria por lesión, estimando que la desproporción en las prestaciones y, especialmente, entre el precio y el valor de la cosa en el contrato de compraventa, hacía perder su causa al negocio jurídico. Estimó que en los casos de lesión existe en el fondo un error en la masifestación de voluntad, debiendo ser ineficaz el contrato sin que se ponga en peligro la estabilidad de las operaciones. Bajo la influencia de Domat, Pothier y Portalis, el Código Napoleón reguló nuevamente la lesión, pero la limitó a la compraventa y a las particiones hereditarias.

Dicen así los Arts. respectivos: "Art. 1118: La lesión no vicia los convenios sino en ciertos contratos o respecto de ciertas personas..." "Art. 1674. Si el vendedor ha sido lesionado en más de siete doceavos en el precio de un inmueble, tiene el derecho de pedir la rescisión de

la venta, aun cuando expresamente hubiera renunciado en el contrato a la facultad de pedir esta rescisión..." "Art. 1675. Para saber si hay lesión de más de siete doceavos hay que estimar el inmueble según su estado y su valor en el momento de la venta". "Art. 1676: La demanda no es admisible después de la expiración de dos años, a contar del día de venta...".

Al referirse Josserand a las disposiciones del Código francés, hace notar que en cuanto a *los menores* se les protege siempre que demuestren haber sufrido lesión, *aun cuando sea mínima,* disponiendo el Art. 1305 que es la simple lesión la que se toma en cuenta para conceder la acción rescisoria es favor del menor, quien no está obligado a probar que la otra parte tuvo el ánimo de perjudicarlo, ni que la desproporción sea enorme.

"En cuanto a los mayores, permanecen prisioneros de la libertad de dañarse contractualmente, que el Código civil les ha concedido tan imprudentemente y sólo a título excepcional, en actos cuya enumeración es limitativa, es tomada en consideración la lesión por la ley: si se excluye la aceptación de una sucesión, acto unilateral para el cual el Código civil admite, en una disposición obscura la posibilidad de una rescisión por causa de lesión, sólo podemos señalar, en este orden de ideas, los siguientes actos que escapan al desenfreno de los apetitos individuales: la partición, la venta de inmuebles, la sociedad, la venta de fertilizantes y el convenio o contrato de asistencia o de salvamento marítimos" (Josserand, los Móviles en los Actos Jurídicos de Derecho Privado, traduc. de José M. Cajica Jr., Puebla, 1946, págs. 114 y 115).

Explica el mencionado autor que la jurisprudencia se ha empeñado en lograr un trato más justo en las relaciones contractuales, protegiendo a los perjudicados en el contrato de prestación de servicios en contra de honorarios excesivos de abogados, procuradores, notarios, arquitectos, médicos y agentes de negocios. Sin embargo, el sistema francés es incoherente e incompleto, sin tomar en cuenta en forma sistemática y de manera general que el móvil de la lesión es siempre la explotación indebida, tal como ya lo había pensado Pothier. Según ya hemos explicado, aun cuando en el Código Napoleón se atiende al vicio objetivo, la doctrina que lo ha inspirado tomó en cuenta causas internas o subjetivas, presumiendo error o violencia moral en los casos de lesión en las particiones hereditarias o en la compraventa, respectivamente.

6.—*Códigos Civiles de* 1870 *y* 1884.—En la exposición de motivos del Código Civil de 1870, al referirse a la rescisión y nulidad de las obligaciones, se dice lo siguiente:

"Este capítulo contiene algunas reglas generales y las referencias conducentes; porque en cada contrato, así como en los títulos precedentes, se han fijado ya los casos en que tiene lugar la rescisión. Sólo se hará observar el artículo 1771, en que se declara: que las obligaciones no se rescinden por causa de lesión; porque establecidas las reglas de los contratos en general y en particular, y debiendo ser conocido el Código de todos los ciudadanos, cada uno debe cuidar de asegurarse al contratar. Además: se han establecido las reglas necesarias para la rescisión por dolo y por error, de donde resulta, que no hay necesidad de las relativas a lesión, pues cuando ésta se verifica, hay por lo común error y no pocas veces dolo. Así se cierra la puerta a cuestiones interminables y de muy difícil solución. Sólo se exceptúa el contrato de compraventa en los términos que establece el artículo 3023, porque siendo dicho contrato el más frecuente e imposible en muchos casos valerse en él de la mediación de peritos, era preciso conservar al perjudicado la acción rescisoria por causa de lesión; mas como debe procurarse, en cuanto sea posible, la subsistencia en los contratos, se previene en el artículo 1772, que no se repute lesión, el daño que sufra cualquiera de los contratantes sino cuando el que adquiere da dos tantos más, o el que enajena recibe dos tercias partes menos del justo precio de la cosa. No habrá, pues, en lo sucesivo más que un género de lesión atendible y desaparecerán de nuestro foro los términos de enorme y enormísima".

Los artículos 1770, 1771, 1772, 3022 y 3023 del Código de 1870, relativos a la lesión, fueron reproducidos con los números 1656, 1657, 1658, 2889 y 2890 del Código de 1884, en los siguientes términos: "No pueden rescindirse más que las obligaciones que en sí mismas son válidas". "Ninguna obligación se rescinde únicamente por lesión, salvo lo dispuesto en el art. 2890". "Sólo hay lesión cuando la parte que adquiere da dos tantos más, o la que enajena recibe dos tercios menos del justo precio o estimación de la cosa". "El contrato de compraventa no podrá rescindirse en ningún caso a pretexto de lesión, siempre que la estimación de la cosa se haya hecho por peritos al tiempo de celebrarse el contrato". "Si la cosa ha sido valuada por peritos con posterioridad a la celebración del contrato, podrá rescindirse éste, si del dictamen de aquéllos resulta que alguna de las partes ha sufrido lesión en los términos que establece el art. 1658".

Tomando en cuenta las razones que se dan en la exposición de motivos en el Código de 1870, cabe considerar que el de 1884, al reproducir los preceptos respectivos, aceptó la tesis de que cuando existe lesión hay por lo común error y no pocas veces dolo. Sin embargo, se exceptuó el contrato de compraventa por la circunstancia de que no siendo posible valerse de peritos en la mayoría de los casos, era conveniente dar al perjudicado la acción rescisoria cuando pagara dos tantos más o recibiera dos tercios menos del justo precio de la cosa.

Si juzgamos simplemente el sistema de nuestra legislación anterior, tal como se desprende textualmente de los preceptos ya transcritos, habrá que concluir que la lesión se reguló exclusivamente como un vicio objetivo, equiparando al comprador y al vendedor y bastando la desproporción entre la cosa y precio ya antes indicada, para que se rescindiera el contrato. Además, al estatuirse en el artículo 1657 del Código de 1884 que ninguna obligación se rescinde por lesión, agregándose en el 1656 que sólo pueden rescindirse las obligaciones que en sí mismas son válidas, resulta de estos textos que la lesión fue considerada en la compraventa, único caso en que se aceptó, como una causa de rescisión y no de nulidad. De esta suerte se le distinguió de los vicios del consentimiento que sí son causa de nulidad del contrato. Más aún, al rescindirse la compraventa por lesión, es porque se reputaba válida, pues sólo se rescinden los contratos válidos. Ahora bien, resulta contradictorio afirmar al propio tiempo que la lesión entraña un vicio del consentimiento y, no obstante ello, sólo motiva la rescisión de la compraventa, ya que siendo el contrato válido en sí mismo, no puede ser también nulo, porque en el fondo exista error, dolo o violencia. Es así como desde un punto de vista estrictamente literal, los textos de los Códigos de 1870 y 1884, nos llevan a la conclusión, de que bastaba la desproporción matemática señalada por la ley, para que procediera la rescisión de la compraventa, aun cuando no hubiera habido algún vicio del consentimiento en la víctima, o bien, a pesar de que la misma no fuese ignorante, inexperta o se hubiere abusado de su estado de necesidad. Sólo se exceptuaba el caso previsto por el artículo 2889, relativo al previo avalúo de la cosa por peritos, pues entonces habría que considerar que si con conocimiento de causa, el perjudicado pagaba dos tantos más o recibía dos tercios menos del justo precio o estimación pericial de la cosa, era porque tenía el ánimo de hacer una liberalidad a la otra parte.

Independientemente de los textos legales, cabe seguir pensando en la tesis que hemos venido sustentando, relativa a presumir un vicio del consentimiento en los casos de lesión enorme, por ser ésta simplemente el síntoma revelador de que se abusó de una cierta inferioridad espiritual o económica de la víctima. Sobre el particular opina así Borja Soriano:

"Naturaleza de la rescisión en el Código de 1884.—Como hemos visto, este Código en el artículo 1656 considera que el contrato rescindible es válido y en el artículo 1657 establece que el contrato de compraventa es rescindible por lesión y por consiguiente no lo declara nulo. A mi juicio, este es un error técnico, pues la lesión tiene el carácter de un vicio del contrato en su formación como resultado

de la exposición de motivos del Código de 1870 cuyos conceptos son análogos a los de Lévy-Ullmann y Pothier, expuestos en el número 369 de este libro". (Ob. cit. t. I, pág. 329).

El comentario de Lévy-Ullmann y el de Pothier, a que se hace referencia, son como sigue:

"Comentario de Lévy-Ullmann.—Dice en su curso citado, p. 396-397 que la opinión que domina es que la lesión hace presumir que el consentimiento ha sido viciado, es la revelación de un vicio, tiene un valor de síntoma, hace presumir una falta de libertad del consentimiento. Y agrega que la mayor parte de las veces, el perjudicado ha sabido que era perjudicado, pero ha tratado bajo el imperio de las circunstancias; tal es el caso en que una persona que, sabiendo que no vende su inmueble en el precio verdadero, consiente sin embargo, bajo el imperio de la necesidad, en la transacción desventajosa, en el contrato que entraña la lesión. Como dice Pothier, hay imperfección en el consentimiento y esta imperfección reposa sea sobre el error, sea sobre la coacción, sea sobre maniobras" (Ob. cit. t. I, págs. 327 y 328).

7.—*Código Civil alemán.*—El artículo 138 del mencionado Código dispone: "Un acto jurídico que ataca las buenas costumbres, es nulo. Es nulo, en particular, un acto jurídico por el cual alguno, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, obtiene para él o para un tercero, que en cambio de una prestación, se prometan o se suministren ventajas patrimoniales que excedan del valor de la prestación de tal suerte que, teniendo en cuenta las circunstancias, estas ventajas estén en desproporción chocante con relación a la prestación".

Es importante hacer notar que el Código alemán considera expresamente que la lesión ataca las buenas costumbres y, por lo tanto, origina la nulidad del contrato afectado por ese vicio.

El carácter ilícito que el Código alemán atribuye a la lesión, queda evidenciado en la segunda parte del precepto que supone por una parte la explotación indebida de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, y por la otra, la obtención de un lucro o de una ventaja patrimonial que excedan del valor de la prestación que se dé en cambio.

En el artículo 138 citado se destacan el elemento objetivo y el subjetivo, de tal manera que la lesión resulta ser un vicio de naturaleza mixta o compleja.

En el Código alemán la lesión origina la nulidad del contrato, que equivale mutatis mutandi a nuestra nulidad absoluta, a diferencia de la impugnación que requiere que el perjudicado la denuncie en forma

privada a la otra parte, y que es semejante a nuestra nulidad relativa desde el punto de vista de que el acto impugnable es susceptible de convalidación por una ratificación del perjudicado o de su representante legal. También la facultad de denunciar privadamente el contrato para que no surta efectos legales, es prescriptible.

Según lo expuesto, debe entenderse que al declarar el artículo 138 del Código alemán que es nulo el acto jurídico viciado por la lesión, ello significa que se le niega definitivamente toda consecuencia jurídica. Enneccerus hace notar t. I, v. II, pág. 355), que el Código Civil alemán niega o desconoce en forma definitiva efectos a un acto jurídico, sólo cuando existen causas concretas y determinadas en la ley, consistentes en la incapacidad para celebrar negocios jurídicos, la inconsciencia o falta de voluntad en el autor del acto, la inobservancia de la forma, el contenido prohibido, inmoral o reprobado por la ley, como ocurre en los casos de lesión y, finalmente, la imposibilidad originaria del objeto de la prestación. Atribuye el citado autor a la nulidad, las siguientes características: a).—El acto no surte efectos ni a favor ni en contra de persona alguna; b).—En consecuencia cualquiera puede invocar la nulidad; c).—El juez debe tomar en cuenta la nulidad aun cuando no la invoque el perjudicado. En este sentido se distingue de nuestra nulidad absoluta que sí requiere una acción especial y su declaración por sentencia; d).—El acto nulo no puede convalidarse ni ser confirmado.

La citada nulidad se distingue de la impugnación en que, en el negocio impugnable, el acto es válido provisionalmente y sólo se le considerará nulo desde su origen si el sujeto activo de la impugnación hace una declaración invocando expresamente la ineficacia del negocio (artículo 142). Es así como la impugnabilidad equivale a una nulidad pendiente de la voluntad del interesado en hacerla valer, pero con efectos válidos en forma provisional. La ratificación sólo es admisible si el acto subsiste al ser otorgada.

De todo lo expuesto se desprende que en los casos de lesión bastará con acreditar los dos elementos (objetivo y subjetivo) a que nos hemos referido, para que el juez declare la nulidad, aun cuando la víctima no haya ejercitado la acción correspondiente, siendo además inconfirmable el contrato respectivo e irrenunciable el derecho de pedir la nulidad, pues siendo el acto contrario a las buenas costumbres, se reputa de interés público su ineficacia, en todo tiempo.

Al estudiar Enneccerus los negocios usurarios en donde existe precisamente la lesión, los reputa contrarios a las buenas costumbres, extendiendo este concepto a todo acto por virtud del cual se explote a un

semejante (t. I, v. II, pág. 302 y ss.). Las formas de explotación pueden ser variadísimas, debiendo citarse en primer término los actos encaminados a obtener ganancias excesivas durante la guerra, preguerra o postguerra; el abuso de los monopolios de hecho, la inducción a los juegos de azar, el contrato de quota litis, para repartir los resultados de un litigio entre el litigante y su procurador o abogado.

"La usura tiene, pues, un doble supuesto objetivo y además uno subjetivo. Objetivamente presupone: primero, la promesa o la concesión de ventajas patrimoniales que exceden de tal modo del valor de la prestación (al tiempo de la conclusión del negocio) que existe una desproporción extraordinaria, dadas las circunstancias, entre la prestación y la contraprestación; segundo, que otro (que, por regla general, es la otra parte contratante, pero que puede ser también un tercero) se encuentre en situación de necesidad, o sea ligero o inexperto. Subjetivamente requiere la explotación, o sea el aprovecharse conscientemente (no es menester la intención) de la necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia. Todos los negocios onerosos pueden ser usurarios. Antes eran más frecuentes los mutuos usurarios y las prórrogas usurarias de deudas en dinero; hoy son más corrientes como usurarios los negocios de compraventa y los negocios de préstamo, sobre todo las ventas y préstamos de ganado, pero tampoco son raros los contratos usurarios de trabajo ("salario de hambre") los contratos de arrendamiento (cf. infra VI), los contratos de sociedad, etc." (Enneccerus, ob. cit., t. I, v. II, págs. 307 a 309).

8.—*Código suizo de las obligaciones.*—El artículo 21 del mencionado Ordenamiento dice así: "En caso de evidente desproporción entre la prestación prometida de una parte y la contraprestación de la otra, la parte perjudicada puede, en el término de un año, declarar que rescinde el contrato y reclamar lo que hubiese pagado, si la lesión hubiera sido determinada por el abuso de su penuria, de su ligereza o de su inexperiencia. El término del año empieza a contarse desde la conclusión del contrato".

Refiriéndose A. von Tuhr al precepto mencionado, se expresa así:

"1. Tiene que existir una desproporción manifiesta entre la prestación y la contraprestación; ... Para juzgar de la desproporción, hay que atenerse al valor objetivo de las prestaciones, calculado con arreglo a criterios generales en el momento de contratar, y habida cuenta de las coyunturas y de la mayor o menor seguridad que reina en el mercado; ... 2. Pero, además de esta desproporción objetiva, ha de darse un elemento subjetivo, a saber, explotación de la penuria, inexperiencia o ligereza de la otra parte. No es necesario que la penuria sea precisamente económica; puede depender también de necesidades personales muy apremiantes de otro género; ... El criterio de la inexperiencia y ligereza puede regir también con personas que no carezcan del todo de discernimiento. Por explotación habrá de entenderse el hecho de aprovecharse conscientemente de la

penuria, inexperiencia o ligereza de la otra parte para arrancarle un provecho excesivo, siendo indiferente que la iniciativa del contrato parta del contratante favorecido o del perjudicado. La explotación de la inexperiencia constituirá generalmente, a la par, un caso de dolo, y la de la penuria un caso de vis compulsiva, cuando el logrero haya provocado intencionadamente la penuria o esté obligado por alguna razón a remediarla. El Código Civil alemán considera los negocios usurarios como inmorales y por consiguiente nulos; en cambio, el Código Obl., que a nuestro juicio está en esto más acertado, hace depender la validez del contrato de la voluntad de la parte perjudicada, autorizándola para impugnarlo, si lo estima oportuno, en término de un año". (Tratado de las Obligaciones, t. I, págs. 227 y 228).

9.—*Código Civil vigente.*—El artículo 17 del citado Código, está concebido en los siguientes términos: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año". (Reformado por el artículo 1° del Decreto de 12 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 del mismo mes y año).

El mencionado precepto tiene mayor semejanza con el artículo 21 del Código suizo de las obligaciones, que con el artículo 138 del Código Civil alemán. En efecto, en nuestro artículo 17 se habla de "lucro evidentemente desproporcionado", en el Código suizo se parte también de una "evidente desproporción"; en cambio, el Código alemán trata de ventajas que estén en desproporción chocante con relación a la prestación".

En el Código suizo las causas son: abuso de la penuria, ligereza o inexperiencia; en el alemán: necesidad, ligereza o inexperiencia, y en nuestro Código: suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria. Fundamentalmente los tres ordenamientos coinciden en considerar a la lesión como un vicio objetivo y subjetivo a la vez. Además, con un carácter francamente ilícito, debido a que en todos ellos se parte de un ánimo consciente de explotar a un semejante que se encuentra en condiciones de inferioridad por causas de orden mental o espiritual, por un estado de necesidad económica o de otro género, o bien, por una carencia absoluta de conocimientos en cuanto al negocio materia del contrato.

Existía evidente analogía entre el Código suizo y el nuestro, antes de la reforma de 1983, en lo referente a la acción rescisoria que se concedía al perjudicado (anteriormente el Código señalaba que el perjudicado podía pedir la rescisión del contrato) y que sólo duraba un año. Sin embargo, en nuestro Código se incurría antes en una contradicción al relacionar los artículos 17 y 2228, pues en tanto que

en el primero se caracterizaba a la acción como rescisoria, en el segundo se le regula como una acción de nulidad relativa. Ahora bien, ya hemos dicho que la rescisión supone la validez de las obligaciones por cuanto que sólo se rescinden las obligaciones que en sí mismas son válidas. Por tal motivo, no puede decirse que la lesión es causa al mismo tiempo de rescisión y de nulidad, pues en el primer caso se afirma que el contrato es válido y, en el segundo que es nulo, lo que evidentemente resulta contradictorio. *Ningún contrato puede ser válido y nulo a la vez.*

Tomando en cuenta los antecedentes de nuestro artículo 17, antes de la retorma, debía interpretarse dicho precepto en el sentido de que en realidad concedía una acción de nulidad relativa, habiéndose dicho impropiamente "rescisión", en lugar de "nulidad". Este problema ya se resolvió, cuando se reformó este precepto en 1983, pues en su texto ya se habla de nulidad. Nuestros Códigos anteriores, lo mismo que el francés continuamente incurrían en esa contradicción. El contrato puede convalidarse por una ratificación tácita o expresa y la acción solo puede ser invocada por el perjudicado, como expresamente lo declara el artículo 2230. (La reforma viene a confirmar lo que había sostenido el autor, ya que cambia el término de rescisión por el de nulidad). En este sentido es aplicable el comentario de A. von Tuhr, quien estima que prácticamente, el régimen jurídico de la lesión es el mismo que se sigue en los casos de error y otros vicios del consentimiento. Sin embargo, debe tomarse en cuenta lo dispuesto por el artículo 387, fracción VIII, del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que dice así: "Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtiene de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado", se le impondrán las mismas penas que señala el artículo 386 del citado Código.

Dado que la lesión en los contratos puede constituir un delito de fraude, consideramos que en ese caso, una vez que se declare por sentencia la comisión de ese delito, ya no se tratará de una nulidad relativa, sino que ante la ilicitud delictuosa del hecho, la nulidad deberá ser absoluta, a efecto de que la acción sea imprescriptible y el contrato no pueda convalidarse por una ratificación expresa o tácita. De lo contrario habría que admitir que no obstante que la lesión entraña un delito de fraude, el perjudicado podría por un acto de su voluntad otorgarle efectos jurídicos al contrato. Es decir, convertir en un acto lícito lo que de acuerdo con el Código Penal constituye un delito. Consecuencia de lo anterior, es la relativa al carácter irrenunciable de la acción de nulidad, cuando la lesión tipifique un fraude.

En el Código Penal no se extiende la lesión sino a aquellos casos en los que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones econó-

micas de una persona, se obtienen de ella ventajas usurarias por medio de contratos en los que se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado. Sin embargo, esto no quiere decir que sólo sea punible la lesión cuando en el contrato de mutuo se estipulen intereses usurarios, pues también lo será cuando se pacten ventajas indebidas en cualquier contrato o convenio, comprendiéndose así en general a todos los contratos onerosos de carácter conmutativo. Los aleatorios, por su misma naturaleza, que implica un riesgo, y que en gran parte dependen del azar, no pueden en nuestro concepto originar el delito de fraude.

Como el artículo 387 del Código Penal no comprende el caso de lesión por notoria inexperiencia a que se refiere el artículo 17 del Código Civil, ni el de necesidad moral, que según la doctrina también debe tomarse en cuenta para los efectos civiles, opinamos que en estas dos últimas hipótesis no puede configurarse el delito de fraude y, por lo tanto, la acción de nulidad sí tendrá todas las características que señala el artículo 17, es decir, será prescriptible dentro del término de un año, y también el contrato podrá convalidarse por una ratificación expresa o tácita, según se desprende de los artículos 2228 y 2234 del mismo Código Civil. También, en dichos casos, la acción sólo podrá intentarse por el perjudicado, según previene el artículo 2230.

Con apoyo en el análisis que antecede, estimamos que cuando la lesión constituya un fraude, otorgará una acción irrenunciable, pues en ese caso la ley no sólo protege a la víctima, sino también al interés general que de otra manera resultaría lesionado por un hecho delictuoso.

En los trabajos preparatorios de la comisión redactora del Código Civil vigente, expresamente se invocan los Códigos de Alemania y Suiza, como antecedentes de nuestro artículo 17, por lo que cabe atribuir a la acción de nulidad por lesión, cuando esta constituye el delito de fraude, las características de la nulidad absoluta, que fundamentalmente coinciden con las que señala el Código Civil alemán para la nulidad. Dice así la parte conducente del informe rendido por la mencionada comisión a la Secretaría de Gobernación:

"La disposición transcripta tiene por objeto proteger a la clase desvalida e ignorante, extendiendo a todos los contratos en que interviene, la rescisión por lesión enormísima que el actual Código Civil sólo concede cuando se trata del contrato de compraventa... Se dio a la clase desvalida e ignorante una protec-

ción efectiva, modificándose las disposiciones inspiradas en los clásicos prejuicios de la igualdad ante la ley y de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos. Se comprendió que los hombres tan desigualmente dotados por la naturaleza y tan diferentemente tratados por la sociedad, en atención a su riqueza, cultura, etc., no pueden ser regidos invariablemente por la misma ley y que la sociedad debe ir en auxilio del ignorante y del miserable cuando es vilmente explotado... En realidad, este artículo no hace más que extender a todos los contratos la rescisión por lesión enormísima que el Código vigente (se refiere al de 1884) concede, en su artículo 1658, para la compraventa. No hay razón para que se rescinda la compraventa cuando es leonina y se consideren inatacables los otros contratos, aunque en ellos intervenga la misma inicua explotación. Esta reforma no se inspiró, como alguno ha pretendido, en el Código ruso, sino en el Código suizo de las obligaciones, artículo 21 y en el Código Civil alemán, artículo 138. La comisión procuró suavizar los efectos de esta disposición limitando el ejercicio de la acción a un plazo corto, con el objeto de mantener la estabilidad, que es indispensable en las transacciones económicas" (García Téllez, Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano, págs. 53 a 58).

JURISPRUDENCIA DEFINIDA

Lesión contractual. Requiere los elementos subjetivos y objetivos para su actualización.—Como la Legislación Civil Jalisciense no establece los elementos necesarios para que opere la lesión, indiscutiblemente que, ante tal omisión, debe ocurrirse a la doctrina y a los principios generales del derecho, en acatamiento a lo estipulado en el último párrafo del artículo 14 constitucional. Así las cosas, se advierte que la doctrina enseña que la lesión, como perjuicio que experimenta una de las partes en un contrato conmutativo por recibir una prestación muy inferior a la que ella a su vez proporciona, no invalida el contrato porque, frecuentemente, en todos los contratos hay una parte que se aprovecha, en cierto sentido, de la otra y, además, es casi imposible que las prestaciones sean siempre iguales (lesión de hecho); por el contrario, la lesión que invalida total o parcialmente al contrato es aquélla en que la citada desproporción es consecuencia directa e inmediata de la situación de debilidad, miseria e ignorancia, con que contrata una de las partes (lesión jurídica). Esto obedece al hecho de que, ante tal situación, se considera que se afecta, así, a la irrestricta autonomía de la voluntad,

es decir que ésta no se expresó libremente sino impulsada por cualquiera de las circunstancias subjetivas citadas. Por tanto, no obstante que la lesión no está reglamentada en la Legislación de Jalisco expresamente como vicio objetivo-subjetivo, debe considerarse así supuesto que la desproporción entre las prestaciones siempre tendrán repercusión en la voluntad, ya sea que dicha desproporción obedezca a un acuerdo voluntario y libremente aceptado, lo cual no puede considerarse lesivo, o bien que obedezca a un hecho que impida la expresión libre de la voluntad, lo cual lógica y jurídicamente, debe ser sancionado civilmente, con la anulación del contrato originador de las obligaciones desequivalentes.

Amparo directo 413/78. José Grajeda Armenta y Coags. 30 de noviembre de 1978. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe López Contreras.

Informe 1979. Primer Tribunal Colegiado del Tercer Circuito. Núm. 9. Pág. 232.

CAPITULO VI

La Capacidad y la Representación

1.—*Referencia.*—Para el estudio de la capacidad y de la incapacidad en los actos jurídicos, debe tenerse en cuenta lo que expusimos en el tomo I, págs. 158 a 169. Partiremos por consiguiente de los conceptos que ya hemos expresado respecto a la capacidad como elemento de validez del acto jurídico y a la distinción ya formulada entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Asimismo, daremos por reproducidas las nociones expuestas relativamente a las consecuencias de la incapacidad de ejercicio, que originan la nulidad relativa de los actos jurídicos.

2.—*La capacidad como elemento de validez del contrato.*—La capacidad sólo es un elemento que se requiere para que el contrato sea válido. Por consiguiente, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del contrato o del acto jurídico en general.

La capacidad no es un elemento esencial en los contratos, toda vez que los celebrados por incapaces existen jurídicamente; son susceptibles de ratificación para quedar convalidados retroactivamente, o bien puede prescribir la ineficacia que los afecta.

No obstante esto, si la capacidad no afecta a la existencia del contrato, sí es un requisito que se refiere a un elemento esencial del mismo, de naturaleza psicológica, llamado consentimiento. El consentimiento se forma por el acuerdo de las voluntades; para que se constituya de manera perfecta, esas voluntades deben ser de personas capaces y no estar afectadas de un vicio en cuanto a la libertad o certeza de la propia manifestación de voluntad. Para que el consentimiento pueda, por consiguiente, existir válidamente, debe ser emitido por persona capaz, en forma cierta, es decir, libre de error o de dolo, y en forma libre, no afectado por violencia.

La capacidad de ejercicio puede ser total o parcial, y a su vez, la incapacidad puede ser total o parcial, sin afectar radicalmente a la personalidad jurídica. Tienen capacidad total de ejercicio los mayores de edad en pleno uso de sus facultades mentales; tienen capacidad parcial de ejercicio los menores emancipados, que pueden hacer valer sus derechos personales y sus derechos reales sobre bienes muebles. A su vez, tienen incapacidad total de ejercicio los menores de edad y los sujetos a interdicción por locura, idiotismo o imbecilidad, los sordomudos que no sepan leer y escribir y los que suelen usar drogas enervantes, a pesar de que tengan intervalos de lucidez. Dispone al efecto el artículo 450 del Código en vigor: "Tienen incapacidad natural y legal: I.—Los menores de edad; II.—Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que ésto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."

Es a esta incapacidad parcial o total de ejercicio a la que nos referimos como un elemento de invalidez en los contratos; por eso cuando en el derecho se usa el término "incapacidad" o "incapaz", se supone que se trata de la incapacidad de ejercicio, pues ésta no impide que el acto jurídico exista, y sólo afecta a la validez del mismo. El Código simplemente emplea la palabra "incapacidad", sobrentendiendo incapacidad de ejercicio.

3.—*La representación. Su carácter auxiliar.*—Este tema está relacionado con la capacidad como elemento de validez del contrato. Conviene al efecto reflexionar en que la representación legal en el derecho privado, es una institución jurídica auxiliar de la incapacidad del ejercicio. Toda incapacidad de ejercicio origina la necesidad de una representación legal, porque si se admite la capacidad de goce, pero se niega la de ejercicio y no se busca un medio legal para que se ejerciten los derechos que el titular no puede hacer valer directamente, se negaría prácticamente también la capacidad de goce. ¿De qué serviría al menor o al enajenado ser titular de derechos, si no pudiera ejercitarlos o hacerlos valer por conducto de otra persona? Traería esto como consecuencia práctica un desconocimiento de sus derechos. Es por esta razón por la que vamos a tratar a acerca de la representación legal, como auxiliar de la incapacidad de ejercicio.

Bonnecase estima que las dos directrices fundamentales en las que se basa la organización de las incapacidades, son respectivamente la representación y la asistencia. Es decir, en algunos casos el incapaz tiene que actuar necesariamente por conducto de su representante. En otros, se permite que el incapaz manifieste su voluntad en el acto jurídico, pero debe concurrir también su representante legal dando su conformidad para la validez del mismo. En nuestro derecho, encontramos algunos actos del estado civil, como son el matrimonio, la adopción, los esponsales, el reconocimiento de hijos. etc., en los que se permite al menor que ha llegado a determinada edad, generalmente catorce o dieciséis años, intervenir en el acto jurídico; pero será necesaria además la conformidad de su representante legal para que dicho acto tenga validez. En los actos jurídicos de carácter patrimonial (contratos o convenios), exceptuando el testamento, el incapaz no puede intervenir en el acto, debiendo ser su representante el que lo substituya en una forma integral.

Bonnecase, ob. cit., t. I, págs. 387 y 388.

La representación supone dos condiciones: 1a.—Que el acto jurídico se ejecute por el representante, en nombre del representado. 2a.—Que ese acto jurídico se realice por cuenta del representado.

El primer elemento implica al segundo, pero éste no incluye al primero; es decir, el acto jurídico que se ejecuta en nombre del representado, siempre es por su cuenta, pero el que se celebra por cuenta del representado no siempre es en su nombre. Analizaremos ambas situaciones.

4.—*El acto jurídico se ejecuta por el representante en nombre del*

representado.—Esto significa que es la voluntad jurídica del representado, aunque no su voluntad psicológica, la que concurre para la validez del acto jurídico. En la doctrina de la ficción, se supone que es el representante un instrumento del representado, pero que este último, en realidad no comparece en el acto jurídico.

En la doctrina del nuncio de Savigny, se dice que el representante es un mensajero, un nuncio; que simplemente es un portavoz de la voluntad del representado. Por esto el acto jurídico se ejecuta en su nombre.

En la doctrina que se ha llamado de la cooperación de voluntades, Mitteis, autor de la misma, sostiene que concurren la voluntad del representante y del representado y que se armonizan en una voluntad jurídica, que según el derecho se supone es del representado.

Sólo es en una última tesis, que se llama de la substitución real de la voluntad del representado por la voluntad del representante, sostenida por Madray, en donde se niega que jurídicamente concurra al acto el representado, pero se acepta que el contrato se celebra en nombre de éste.

5.—*El acto jurídico se realiza por cuenta del representado.*—En este caso, el patrimonio del representado resulta afectado reportando las obligaciones que contrajo el representante; asimismo, ese patrimonio resulta beneficiado adquiriendo los derechos que nacen del acto jurídico que llevó a cabo éste.

Decíamos que el acto que se ejectua por cuenta del representado, no significa que sea en su nombre, porque hay dos maneras de afectar su patrimonio: a) Facultando al representante para que al contratar manifieste no su voluntad, sino la voluntad jurídica del representado. b) Actuando en nombre propio; es decir, ostentándose ante los terceros como dueño del negocio, para contratar directamente en beneficio propio; pero por virtud de un contrato anterior se obliga a transmitir los derechos y las obligaciones que haya adquirido, al representado.

Existe en el Código vigente el "mandato sin representación" y el "mandato representativo". En el mandato representativo se actúa en nombre y por cuenta del mandante; cumple, por consiguiente, esta figura, todos los requisitos de la representación. En el mandato no representativo se actúa por cuenta del mandante, pero no en su nombre.

En el derecho mercantil también existe la comisión representativa y la no representativa. El comisionista puede actuar en nombre y por cuenta del comitente, o simplemente por su cuenta; en este último caso,

hay un mandato no representativo, aplicado a los actos concretos del comercio.

6.—*Las diferentes formas de representación.*—La representación se clasifica en dos formas: legal y voluntaria. Existe representación legal cuando por virtud de una norma jurídica alguien puede actuar en nombre y por cuenta de otro, reconociéndose validez a los actos que realiza para afectar a la persona y al patrimonio del representado. En cambio, existe representación voluntaria cuando una persona puede actuar en nombre y por cuenta de otra, por un mandato expreso o tácito que ha recibido de ésta.

Los casos de representación legal son los siguientes: a) Representación de los incapacitados. b) Representación de los intereses sujetos a concurso o quiebra. c) Representación de los bienes, derechos y obligaciones en una herencia. d) Representación en el caso de ausencia.

Los casos de representación voluntaria se presentan fundamentalmente en el mandato en sus diversas formas: general y especial; pero también en los órganos representativos de las personas morales, especialmente de las sociedades civiles o mercantiles, en las que el conjunto de personas físicas que constituyen la persona moral designan a un órgano de representación, que puede ser simple o colegiado. En sentido distinto opina Enneccerus.

De esta suerte tenemos como representantes legales: 1o.—Los que ejercen la patria potestad y los tutores, es decir, representación de los incapacitados. 2o.—Los síndicos, como representantes de los intereses concursados o sujetos a quiebra. 3o.—Los albaceas, como representantes de los bienes, derechos y obligaciones de una herencia. 4o.—Los representantes del ausente.

7.—*Utilidad de la representación.*—La utilidad de la representación se muestra desde luego en dos aspectos: 1o.—Como una institución jurídica necesaria en la representación legal. 2o.—Como una institución jurídica práctica en la representación voluntaria.

En la representación legal es una institución necesaria, porque no podrían los incapacitados ejercer sus derechos sin ella, y esto traería como consecuencia que de hecho se les privara de la capacidad de goce. En la representación de los concursos, quiebras y sucesiones, también hay una necesidad, al privársele de capacidad jurídica al concursado o quebrado, o al extinguirse la capacidad jurídica por la muerte del autor de

la herencia, por lo que es preciso que se designe un representante de los intereses hereditarios.

En la representación voluntaria existe simplemente una utilidad práctica en el mandato, para suplir cierta deficiencia de conocimientos, por ejemplo en el mandato judicial; para suplir dificultades de tiempo, lugar o multiplicidad de ocupaciones en las demás formas del mandato. En la representación voluntaria de las personas morales existe a la vez que una utilidad, una necesidad jurídica, porque como la persona moral no puede tener voluntad como ente física y biológicamente considerado, y su voluntad es simplemente jurídica, tiene que exteriorizarse a través de un órgano, y éste será el que la represente.

8.—*Teorías que se han ensayado para explicar la representación.*— Las teorías que se han ensayado para fundar el fenómeno de la representación, adolecen, en nuestro concepto, de un error grave: pretenden explicar la representación legal en los mismos términos que la voluntaria. Es decir, consideran que se trata de dos instituciones con características genéricas fundamentales que permiten asimilarlas para encontrar una base única de ambas, y aunque en realidad pertenecen al mismo género, sus características específicas son tan distintas que todo ensayo de explicación unitaria tiene que fracasar.

En todas estas doctrinas se trata de fundar jurídicamente por qué los actos del representante obligan al representado. El problema es, por consiguiente, justificar una anomalía en el derecho; algo que de no encontrar justificación normativa, sería tanto como invertir en su aspecto fundamental las reglas jurídicas, permitiendo que una persona sufra en su patrimonio o en su esfera de derecho, las consecuencias de un acto que no ha ejecutado. Es por esto que es grave el problema de la representación y todas las teorías que se han elaborado tratan de justificar jurídicamente, cómo el derecho ha admitido que una persona resulte obligada por actos que no llevó a cabo.

9.—*Nuestro punto de vista.*—Trataremos de determinar cómo se justifica jurídicamente la representación. Analizamos las distintas doctrinas, y llegamos a la conclusión de que ninguna de ellas justifica esta institución jurídica; todas tratan de explicar simplemente el fenómeno y nos dicen cómo suceden los hechos en la representación; pero en ninguna de esas teorías se justifica por qué el representante puede obligar al representado.

En nuestro concepto, debe separarse radicalmente la representación

voluntaria de la legal, no sólo en cuanto a la causa que las motiva, sino en cuanto al problema jurídico de su justificación. Así como es evidente que la causa de la representación voluntaria es esencialmente distinta de la relativa a la representación legal, así también debe ser muy diversa la justificación que se proponga.

Pensamos que, aunque ambas instituciones (la representación legal y la voluntaria) pertenecen al mismo género, como la causa que las motiva y la necesidad jurídica que vienen a satisfacer son radicalmente distintas, la justificación también debe ser diversa. *La representación voluntaria se justifica, por el principio de autonomía de la voluntad;* esto es lo que han querido decir, por cierto impropiamente, los autores de la doctrina de la ficción; Savigny, al imaginar que el representante es un mensajero o nuncio, y Mitteis, al hablar de la cooperación de voluntades.

Fundamentalmente lo que existe en toda representación voluntaria es el respeto a la autonomía de la voluntad del representado, que quiere y autoriza plenamente a otro para que en su nombre celebre actos jurídicos. Como la representación voluntaria supone la capacidad plena del representado, debe respetarse esa voluntad autónoma o soberana. No hay ningún problema en este caso.

La representación legal sí implica una situación jurídica muy diversa y muy compleja, en donde todas las doctrinas han fracasado y en donde ni siquiera encontramos, en las tres primeras que expusimos, un intento de justificación. Analizando los diversos factores que intervienen en la representación legal, encontramos fundamentalmente los siguientes:

Primer factor.—Hay una incapacidad de ejercicio, o una imposibilidad material de actuar jurídicamente; incapacidad de ejercicio en los menores, en los enajenados, en los fallidos (es decir, concursados o quebrados), y una imposibilidad material de actuar en el ausente. En las sucesiones encontramos la extinción de una capacidad (la del autor de la herencia) con la creación de una copropiedad, es decir, no hay aquí problema de capacidad jurídica, porque los herederos y legatarios la tienen, pero hay una necesidad de unificar la representación de herederos y legatarios a través de un órgano, que es el albacea.

Este es, por consiguiente, el punto de partida de la representación legal: incapacidad de ejercicio, imposibilidad material de actuar, o necesidad de unificar una representación de personas distintas.

Segundo factor.—Hay una necesidad jurídica, ineludible, de que los derechos del incapacitado o del imposibilitado para actuar, se hagan

valer, porque de lo contrario, la incapacidad de ejercicio se transforma en incapacidad de goce, y ésta al ser total, traería como consecuencia la privación de la personalidad. Por consiguiente, en todo problema de representación legal tenemos, en primer lugar, un hecho: incapacidad de ejercicio o imposibilidad de actuar; en segundo, una necesidad ineludible para el derecho: que el incapacitado o el imposibilitado puedan actuar por conducto de otro, porque de lo contrario se les privaría totalmente de su capacidad de goce, y ante la disyuntiva de privar de capacidad de goce o de imponer una voluntad a otro, es preferible la segunda solución.

Tercer factor.—Estos dos supuestos motivan el tercer factor, que podríamos llamarlo, principio de la autonomía legal, completando la explicación del fenómeno. Así como la autonomía de la voluntad justifica la representación voluntaria, la autonomía o soberanía del legislador justifica la representación legal; pero el legislador no procede arbitrariamente para imponer al representado los actos que ejecute el representante, sino que procede obligado por dos factores: la incapacidad de ejercicio o imposibilidad de actuar, y la necesidad ineludible en el derecho, de que, el incapacitado o imposibilitado, puedan ejercitar sus derechos.

Ante esos dos factores, que implican situaciones de hecho necesarias, sólo cabe una solución: supuesto que el imposibilitado o el incapacitado no pueden actuar directamente, tendrán que hacerlo a través de otro, y los actos jurídicos que el representante lleve a cabo deberán tener validez para el representado, porque si no la tuviesen, sería tanto como impedir el ejercicio de los derechos del representado.

10.—*Contrato consigo mismo.*—El contrato consigo mismo tiene diversas variantes; existe, cuando una persona representa a ambos contratantes, de tal manera que celebra el contrato haciendo la policitación en nombre de uno y la aceptación en nombre del otro.

La segunda variante se presenta cuando el representante contrata en nombre propio y en nombre del representado.

"En cuanto a la explicación doctrinal de esta institución no ha de buscarse, en nuestro sentir, en la teoría que estima la obligación como una simple relación entre dos patrimonios (V. en ese sentido, Arno, op. cit., págs. 24-25 Gouget, op. cit., pág. 62 y s. Ref. Pilon, op. cit. núm. 125), ni en la del acto unilateral de efectos contractuales (V. en ese sentido, Demogue, I, núm. 42 en que sigue, con ciertas variantes, a Rümelin, Das Salbstscontrahieren des Stellvertreters, pág. 15 y s., y Barassi, Instituzioni, pág. 132; Vallimaresco, op. cit.). La idea del contrato consigo mismo es una prolongación, extremada es cierto, pero lógica, de la noción

de representación. Implica ésta una derogación al principio de la personalidad de las obligaciones contractuales substituyendo, en cuanto a su formación, la voluntad del representante a la del representado. En el contrato consigo mismo es fácil hallar jurídicamente separados, no obstante su entrelazamiento, los dos elementos simples, oferta y aceptación cuya reunión constituye el acto bilateral. Pero se presenta una peculiaridad técnica dado que una misma persona lleva a cabo la transacción entre los intereses opuestos, el contrato consigo mismo no se reputará formado ni su fecha fijada inter partes sino desde que un acto positivo le haya dado materialidad (Demogue, loc. cit.). El silencio, en este caso, no puede equivaler a la aceptación". (Planiol y Ripert, ob. cit., t. VI, págs 92 a 94).

En el caso del contrato consigo mismo, cuando una persona representa a las dos partes contratantes, se discute si hay contrato o acto jurídico unilateral. La tesis que sostiene que hay un acto jurídico unilateral se funda en que sólo hay una voluntad: la del representante, que desde el punto de vista psicológico es una sola voluntad. Esta tesis está definitivamente rechazada, porque no se trata de analizar la voluntad psicológica del representante, sino su voluntad jurídica. Por esto se ha considerado que en este contrato, que se ha denominado consigo mismo, hay dos voluntades desde el punto de vista jurídico: el representante formula la oferta en nombre de una de las partes y la acepta en nombre de la otra.

Enneccerus considera que en el contrato consigo mismo hay un verdadero consentimiento o acuerdo de voluntades, bastando para llegar a tal conclusión con aplicar las consecuencias mismas a que nos lleva la teoría de la representación en los actos jurídicos. Sobre el particular se expresa así:

"En la doctrina y en la práctica se discutía mucho la cuestión de si el representante de otro podía concluir negocios como tal representante consigo mismo o como representante de un tercero (doble representación). En todos estos casos se habla de "contratar consigo mismo" o de "auto-contratación" a pesar de que también puede darse el caso de otorgamiento de negocios jurídicos unilaterales mediante declaración a sí mismo.

La esencia del negocio jurídico, del contrato y de la representación no se opone a la validez de semejantes negocios. No se advierte por qué el representante, que emite una declaración en nombre de otro, no ha de poder a la vez recibirla en nombre de otro representado o en nombre propio, o emitir dos declaraciones de voluntad recíproca, si el acto no se ejecuta de un modo oculto en su persona, sino en forma que pueda ser conocida por terceros, por ejemplo, ante un juez o notario, ante testigos, mediante contabilización, colocación de dinero en una caja, en un sobre o envoltura especial, mediante comunicación a los representados, etcétera.

Ahora bien, en la mayoría de semejantes negocios los intereses de ambas partes son opuestos y, por consiguiente, el admitir como regla general que el representante esté facultado para la auto-contratación, no sería conforme ni con

los intereses del representado ni con su voluntad presunta (o de la ley). Esta facultad sólo debe suponerse cuando se haya otorgado especialmente o cuando se trate de negocios en que, por lo regular no sea de temer la lesión de la otra parte. El derecho romano ha admitido esto último en cuanto al pago de deudas, recibo de un mutuo y ventas en subasta". (Enneccerus, ob. cit., t. I, págs. 245 y 246).

No obstante que desde el punto de vista teórico la representación nos permite aceptar el contrato consigo mismo, desde el punto de vista práctico, el derecho se ha visto precisado a imponer excepciones para no admitir esta institución en todo caso y como una regla general. Pueden existir conflictos de intereses entre representante y representado en el contrato consigo mismo, y estos conflictos se acentúan en la representación legal de los incapaces, de tal manera que los tutores o los que ejercen la patria potestad, no pueden representar a sus pupilos, para celebrar contratos consigo mismos; se prohibe a los que ejerzan la patria potestad y a los tutores, celebrar sobre todo contratos translativos de dominio: el tutor no puede comprar para sí, ni para su cónyuge, ascendientes o descendientes, los bienes de su pupilo, y los que ejercen la patria potestad no pueden contratar con el que está subordinado a ella, cuando haya un conflicto de intereses. Sí pueden representar en un contrato consigo mismo al incapaz, cuando éste se beneficie con el contrato; por ejemplo, pueden hacerle una donación, pero no pueden celebrar el contrato de compraventa o el de permuta.

En relación con este tema, consúltense los artículos 440, 569, 2280 y 2282 del Código vigente.

A propósito de este problema, se presenta también el de saber si cuando el representante contrata en nombre de ambas partes, hay o no un conflicto de intereses semejante al caso anterior. Desde luego se advierte que si el representante contrata en nombre de las partes, no hay razón para considerar que sacrifica el interés de una en aras del de la otra; en principio, el representante no tendrá ninguna razón para beneficiar los intereses de uno de sus representados en contra o en provecho del otro. Por esto, las reglas que prohiben el contrato consigo mismo no deben ser aplicables a este segundo caso.

El Código vigente, lo mismo que el anterior, admite un caso de excepción, cuando el tutor encuentra que hay conflicto de intereses entre sus representados. En este caso, el representante debe denunciar al juez el conflicto, para que nombre un tutor especial para cierto grupo de representados que tengan el mismo interés y que se encuentren en conflicto con otro grupo de representados. Soluciona, por consiguiente, el Código este posible problema de intereses opuestos, nombrando un representante especial. Dice el artículo 457 del Código vigente: "Cuando

los intereses de alguno o algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, que el mismo designe, mientras se decide el punto de oposición". Fuera de este caso, se acepta que en general no hay prohibición cuando una misma persona representa a las partes contratantes.

Enneccerus, ob. cit., t. I, v. II, págs. 258 y 259.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA

Capacidad y personalidad.—Las partes en el juicio son, normalmente, un actor y un demandado. El interés sustantivo derivado de los derechos litigiosos, sólo puede ser defendido por el titular de esos derechos, por sí o por conducto de apoderado o de su representante legal. De ahí que la capacidad de las partes sea una condición para el ejercicio de la acción, y la personalidad del que deduce la acción en nombre de otro, un presupuesto procesal.

Amparo directo 5121/1956. Sindicato Patronal de Comerciantes, Industriales Agricultores del Municipio de Reynosa, Tamps. Resuelto el 10 de julio de 1963, por unanimidad de 5 votos. Ponente: Sra. Ministro María Cristina Salmorán de Tamayo.

Capacidad jurídica, goza de.ella quien carece de vista.—No es jurídica la afirmación del quejoso, quien por carecer de vista, dice que es incapaz para comparecer en juicio y que en el caso no estuvo representado por persona alguna o suplida su incapacidad conforme a derecho. En cambio, es acertada la afirmación de la Sala responsable en el sentido de que una persona a la que le falta la vista no está incapacitada desde el punto de vista del derecho, porque siendo mayor de edad y no teniendo alguna de las incapacidades previstas por la ley, puede ser titular de derechos y sujeto de obligaciones, pudiendo comparecer a juicio por no estar privado del ejercicio de sus derechos civiles, o lo que es lo mismo, por disfrutar plenamente de su capacidad de goce y de ejercicio.

Amparo directo 164/65 2a. Promovido por Vicente Cortés Sotelo. Fallado el 25 de octubre de 1965. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. Mariano Azuela.

CAPITULO VII

Los Vicios del Consentimiento

1.—*Reenvío.*—Hemos tratado ya de los vicios del consentimiento en las págs. 139 a 149 del t. I, por lo que damos por reproducidos los temas que entonces analizamos relativamente al error, al dolo y a la violencia.

En cuanto al error, determinamos ya sus grados, para distinguir: a) el que destruye la voluntad, originando la inexistencia del acto jurídico o del contrato; b) el que simplemente vicia el consentimiento y motiva la nulidad relativa del negocio jurídico y, finalmente, c) el error que es indiferente en cuanto a la validez del acto o contrato. También hicimos el estudio comparativo de los preceptos de nuestros Códigos Civiles de 1884 y 1928, respecto a este vicio del consentimiento.

En cuanto al dolo, partimos de la distinción fundamental que distingue el dolo principal que nulifica el contrato y el incidental que carece de efectos en cuanto a la validez del mismo. Para el primero insistimos en que el dolo no es por sí mismo un vicio de la voluntad, sino que sólo se considera como tal en tanto que induce a un error determinante de la misma.

"Desde la más remota antigüedad se ha concebido el dolo como toda maniobra, astucia, trampa o disimulación de que una de las partes se sirve para inducir a la otra a la celebración de un acto jurídico con el objeto de procurar, para sí o para un tercero, una ventaja injusta o de perjudicar simplemente a su contratante sin obtener ventaja alguna.

El derecho romano distinguió el dolus malus del dolus bonus, delito pretoriano el primero que daba lugar a una acción penal de "dolo" contra el autor enderezada a proporcionar a la víctima la reparación del perjuicio; y mera astucia no reprobada el segundo.

Distinguíase igualmente el dolo por sus efectos, según que se tratara de dolus causam dans y de dolus incidens. El primero es el dolo principal, causa determinante de la convención, de suerte que sin él la víctima no hubiera contratado, razón por la cual confería a la parte engañada el derecho de demandar la rescisión del contrato. Molitor entiende por tal no sólo una maquinación empleada para obligar a la parte contratante a dar, sino toda disimulación relativa a las cualidades de la cosa capaz de inducir a una de las partes en un error sin el cual ella no hubiera contratado. El dolo incidens es el dolo accesorio que

sólo determina a contratar en condiciones que, por su onerosidad, no hubiera sido aceptada de no mediar la maniobra". (De Gásperi, ob. cit., v. I, págs. 545 y 546).

Por último, nos referimos también a la violencia, determinando sus características como vicio del consentimiento y la clase de nulidad que origina en los contratos, así como en los actos jurídicos en general.

"La violencia, empleada esta palabra en un sentido genérico, comprensivo de las especies que las escuelas llaman "fuerza, miedo o intimidación", es toda coacción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona razonable con el objeto de determinarla, contra su voluntad, a aceptar una obligación o a cumplir una prestación dada.

Esta actividad, enderezada a suprimir en la volición la libertad, como expresión del "Yo", conspira contra la moral, fundamento del orden jurídico, razón por la cual el derecho la reputa ilícita." (De Gásperi, ob. cit., v. I, págs. 561).

Partiendo, por consiguiente, del estudio que ya tenemos hecho sobre los mencionados vicios de la voluntad, sólo nos concretaremos a tratar de algunas cuestiones complementarias que juzgamos de interés en la teoría general del contrato.

2.—*Características propias del sistema mexicano en cuanto al error, como vicio de la voluntad.*—El artículo 1813 del Código Civil vigente, consagra en nuestro concepto un sistema especial en el derecho mexicano, al caracterizar al error como vicio del consentimiento que invalida el contrato. Estimamos de interés transcribir el mencionado precepto, para hacer su análisis. Dice así: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa". Messineo, ob. cit., t. II, pág. 434.

De los términos mismos del artículo 1813 se desprende que tanto el error de hecho como el de derecho, originan la nulidad del contrato, cuando ese vicio recae sobre el motivo determinante de la voluntad, siempre y cuando se exprese ese motivo o se pruebe por las circunstancias mismas del contrato.

"Del error de derecho, entendido como error sobre el significado de la norma jurídica, distingue alguno el error en la aplicación de la norma a la hipótesis (fattispecie"); también éste, sin embargo, es error de derecho (supra), en cuanto importa ignorancia sobre el efectivo alcance de la norma a aplicar.

Del error de derecho, cuyo contenido hemos fijado, debe diferenciarse el error sobre las consecuencias jurídicas del negocio. Este error afecta, de ordinario, a las consecuencias accesorias (no a las consecuencias principales: en tal caso, sería error in negotio: supra, n. 3) del negocio que nacen de por sí de la ley (denominados efectos legales). Pero, respecto de ellas, es indiferente que el sujeto las haya contemplado y querido, o haya hecho referencia a ellas; las mismas se producen igualmente, porque nacen de normas dispositivas; y quedan excluidas solamente por expresa declaración de voluntad contraria. Por tanto, el error sobre tales consecuencias, esto es, sobre el hecho de que del negocio nazcan tales consecuencias mientras el sujeto creía que no naciesen o que naciesen otras diversas, no es relevante, porque se trata de materia que está gobernada por la ley, y no por el poder del declarante, y éste en hipótesis, ha omitido excluir tales consecuencias". (Messineo, ob. cit., t. II, pág. 437).

En primer lugar se requiere que el error recaiga sobre el motivo único que determine la voluntad. En consecuencia, si existen varios motivos, que llamaremos móviles para diferenciarlos del que es único y determinante, ya no se considera en nuestro derecho que hay un vicio, si el error recae sobre uno de ellos y no afecta a este último. Desde este punto de vista es necesario en cada caso hacer una verdadera investigación psicológica para precisar si la voluntad del contratante fue determinada sólo por un motivo o por varios. Además, para que el motivo único determinante origine la nulidad, debe declararse expresamente en el mismo contrato o resultar de sus circunstancias, de tal manera que se pueda probar que sólo por ese falso supuesto y no por otra causa se contrató.

Las anteriores características nos permiten diferenciar nuestro sistema del francés, en donde se distingue el error sobre la persona y el error sobre la substancia en cuanto al objeto del contrato. También nos separamos sensiblemente del derecho alemán, en donde principalmente se regulan los casos del error que se comete en la declaración misma de la voluntad, o en su transcripción, bien sea escrita o realizada por algún otro medio, o mediante un mensajero.

TITULO II

EL CONTRATO COMO NORMA JURIDICA

CAPITULO I

Los Ambitos del Contrato como Norma Jurídica

1.—*El contrato como acto jurídico.*—Explica Kelsen en su monografía denominada "El Contrato y El Tratado Analizado Desde el Punto de Vista de la Teoría Pura del Derecho" (Imprenta Universitaria, México, 1943, traduc. de E. García Máynez), que el contrato lo podemos estudiar de dos maneras diferentes: como acto jurídico y como norma jurídica. La doctrina civilista se ha preocupado del estudio del contrato como acto jurídico, pero ha descuidado totalmente el análisis del mismo considerado como una norma jurídica individualizada. Ambos puntos de vista son necesarios para poder lograr una teoría general del contrato, en virtud de que si sólo lo analizamos como acto jurídico, principalmente estudiaremos su formación, es decir, sus elementos esenciales y de validez, pero dejaremos sin examen un conjunto de problemas que solamente pueden plantearse si se considera al contrato como una norma jurídica ya constituida. Los diferentes ámbitos de acuerdo con los cuales puede ser estudiado el contrato sólo se refieren a esta operación, considerándola como norma. En cambio, según el punto de vista de la doctrina tradicional, sólo se toman en cuenta los derechos subjetivos y las obligaciones que nacen del contrato al estudiarlo exclusivamente como acto jurídico. De acuerdo con lo expuesto tenemos, por consiguiente, dos maneras totalmente distintas de enfocar el estudio del contrato, ambas indispensables para poder crear una teoría integral del mismo. La primera se preocupa de la formación del contrato y, por lo tanto, lo estudia como fuente de obligaciones; este es el punto de vista tradicional del derecho civil. Podemos decir que todo el programa de la Teoría General de las Obligaciones, en lo que se refiere al estudio del contrato, se concreta

a analizar sus elementos esenciales y de validez, sin preocuparse de los demás problemas que existen tomando al contrato como norma jurídica. De aquí que diga Kelsen que para los civilistas el contrato sólo es un acto jurídico que crea derechos subjetivos con las correlativas obligaciones, pero se ha descuidado el aspecto del contrato como una norma individualizada, que al igual que las normas generales o leyes, tiene cuatro ámbitos: el material, el temporal, el especial y el personal.

Ahora bien, los problemas desde el punto de vista de la vigencia del contrato, de su alcance como norma jurídica, del lugar que ocupa en el derecho objetivo o sea, en la estructura escalonada a que se refiere el propio Kelsen, sólo pueden plantearse si partimos del principio de que el contrato es una norma que participa de las mismas características esenciales de todas las normas; de aquí la posibilidad de aplicar todos los conocimientos que nos aporta la Teoría General del Derecho en lo relativo al estudio de las normas, al contrato, considerado como norma individualizada.

El punto de vista sostenido por los civilistas tiene interés para poder determinar el papel del contrato como fuente de obligaciones, o sea, exclusivamente como ejecución de normas generales; es decir, contemplamos sólo el papel creador del contrato en tanto que aplica normas generales que permiten a los contratantes estipular libremente derechos y obligaciones. Debemos aquí recordar que según el principio de Kelsen, toda norma jurídica se presenta en el derecho, exceptuando la fundamental, como aplicación de una norma superior y a la vez como creación de una norma distinta; la ley es aplicación de la norma fundamental, pero, además, en sí misma es una norma, es decir, no sólo hay acto de aplicación, sino también una creación normativa. Pues bien, el contrato ha sido considerado en la teoría civilista como aplicación de la norma general que permite a los contratantes crear libremente derechos y obligaciones y por esto sólo se estudia como un acto jurídico que es constitutivo de derechos subjetivos. Pero el contrato debe también tener otra fase, como ocurre en toda la pirámide jurídica; además de ser aplicación de una norma general, en sí mismo es norma que participa en su categoría de tal, de los elementos constitutivos de las normas y que además tiene los cuatro ámbitos referidos.

2.—*El contrato como norma jurídica.*—De acuerdo con lo expuesto conviene hacer el estudio del contrato tomando en cuenta que es un proceso para crear una norma, es decir, tenemos que distinguir entre el proceso y el resultado de ese proceso. Si sólo nos concretamos al proce-

so, estudiaremos el contrato como acto jurídico, veremos sus elementos constitutivos y hasta allí daremos por terminado el estudio; pero si además de estudiar el proceso de formación analizamos el resultado, entonces ya nuestro estudio recaerá sobre la norma creada por el contrato. Y es que la palabra tiene en realidad dos significados: se refiere tanto al proceso de creación y desde este punto de vista decimos "elementos del contrato", "momento de formación del contrato", "fecha de un contrato", y al resultado del proceso que elabora la convención misma, es decir, la regla de conducta que se crea entre los contratantes una vez cumplidos todos los elementos esenciales y de validez; esta regla de conducta merece ser analizada según Kelsen, siguiendo la sistemática que se emplea en toda la teoría del derecho objetivo, porque habrá problemas que se refieren al contrato como norma y no como acto jurídico; por ejemplo: determinar el alcance de un contrato, qué materia o materias pueden quedar comprendidas en la norma contractual: ¿será lícito que los contratantes pacten sobre cuestiones de orden familiar?, ¿sobre cuestiones de orden político?, ¿sobre cuestiones de derecho público?, ¿sobre el estado civil?, o sólo habrá de referirse esta norma a materias de índole patrimonial o extrapatrimonial que no sean del derecho público, ni del derecho familiar. Todas estas cuestiones referentes al ámbito material del contrato sólo tienen sentido si nos colocamos ya en el nuevo punto de vista que propone Kelsen: estudiar el contrato como norma y aplicarle el método que sigue la Teoría General del Derecho, para el estudio de las normas en general. Veremos también que, así como hay conflictos de leyes en el derecho internacional privado, hay conflictos desde el punto de vista espacial, en las normas contractuales; del mismo modo los problemas de retroactividad o irretroactividad de la ley que se refieren al ámbito temporal de las normas jurídicas generales, se pueden plantear a propósito del contrato, para poder definir, en el caso de dos normas contractuales, si cualquiera de ellas tiene aplicación, o bien si la norma posterior deroga a la anterior, es decir, si un contrato de la misma materia, formulado posteriormente, deja sin vigencia a uno celebrado con anterioridad. Este es, por consiguiente, el sentido que tiene el segundo tema: estudiar el contrato como norma jurídica.

3.—*Diferentes ámbitos del contrato.*—Si el contrato es una norma jurídica, una vez que se ha cumplido el proceso de su formación, debe tener los mismos ámbitos de las demás normas. Existen cuatro ámbitos en las normas jurídicas generales: 1o. El material, es decir, determinar qué materias pueden ser reguladas por el derecho; exactamente este ámbito

lo podemos estudiar a propósito de los contratos definiendo qué materias pueden ser reguladas por un contrato; 2o. El espacial, es decir, cuál es el alcance de una norma jurídica desde el punto de vista del espacio. Para los contratos veremos que aquí ya hay graves dificultades a efecto de aplicar los principios de las normas generales que tienen vigencia en un territorio, a los contratos, que no se celebran para tener vigencia en un cierto espacio; sin embargo, podemos plantear otros problemas en relación con el ámbito espacial; 3o. El ámbito temporal, es decir, definir el momento en que comienza la validez de una norma y el momento en que deja de tener vigencia, también es exactamente aplicable al contrato. Podemos precisar en qué momento un contrato queda formado como norma, es decir, a partir de qué fecha tiene vigencia, de la misma suerte que lo determinamos en la ley y hasta qué momento rige. Claro está que el contrato tiene sus peculiaridades como norma individualizada, no tendrá la pretensión de validez en cuanto al tiempo que tiene la ley, que se da generalmente sin una determinación temporal; habrá contratos que por su naturaleza sean instantáneos y otros que sean temporales; en cambio, en las leyes no es de la naturaleza de las mismas ser necesariamente temporales; 4o. Por último, tenemos el ámbito personal del contrato, es decir, definir qué sujetos quedan comprendidos en el alcance de una norma, problema que se plantea tanto para las leyes como para los contratos. En materia contractual el principio de que los contratos sólo surten efecto entre las partes, sufre excepciones, de manera que no sólo esta norma rige para los contratantes sino que puede tener un alcance mayor y afectar a terceros. Este será el sentido de estudiar el ámbito personal del contrato.

Con esta explicación general pasaremos a analizar concretamente los cuatro ámbitos de la norma contractual.

4.—*Ambito material del contrato.*—Conforme al principio de la autonomía de la voluntad que se ha considerado tradicional en materia de contratos, las partes son libres para crear derechos y obligaciones siempre y cuando procedan lícitamente (es decir, sin violar normas de orden público o buenas costumbres), y, además, se propongan un objeto posible. Es decir, el principio de la posibilidad y de la licitud son los únicos que vienen a limitar la autonomía de la voluntad de los contratantes; respetando estos dos límites, las partes pueden crear toda clase de derechos y obligaciones. Pero se plantea este problema: ¿Las partes dentro del límite de la posibilidad y de la licitud crean libremente derechos y obligaciones por su voluntad o porque la ley lo permite? Esta

cuestión ya la hemos resuelto diciendo: la autonomía de las partes en el contrato es delegada, es decir, en tanto que la norma faculta para originar libremente derechos y obligaciones, dentro de la licitud y de la posibilidad, se pueden crear. Ahora bien, si es la norma la que define el ámbito material y, por consiguiente, la que puede sacar o no del poder de la voluntad de los contratantes determinadas materias, habrá libertad en el legislador para poder dejar a las partes ciertas materias de orden político, público, o familiar, o bien la naturaleza de la norma contractual traerá consigo ya una limitación propia, de tal manera que no será cuestión del legislador, sino un límite impuesto por la naturaleza de las cosas.

Ante este problema, Kelsen nos dice que en su concepto no hay un límite a priori; que el legislador podría por ejemplo, dejar dentro del ámbito material del contrato, la materia relativa a la ciudadanía, a la nacionalidad y al estado civil, pero por razones de política legislativa se comprende que si se pudiese libremente crear o transmitir la nacionalidad o la ciudadanía por contrato, peligraría la misma vida del Estado. Por ejemplo, si un mexicano pudiera con contrato transmitir su nacionalidad a un extranjero, o lo propio pudiésemos hacer con la ciudadanía. Esta materia, aun cuando en términos generales podría quedar comprendida dentro del ámbito, del contrato, no es conveniente que quede incluida en el mismo; hay razones de interés público en cuanto a la vida misma de un Estado para que la materia política relativa a la nacionalidad y a la ciudadanía quede fuera del ámbito de los contratos. En cuanto al estado civil, también existen las mismas razones de interés general, pues todo estado civil se refleja en un estado de familia; por ejemplo, no puede quedar la validez del matrimonio a la libre determinación de las partes, o la condición de divorciado, de hijo o de padre. La seguridad en la familia se establece mediante normas de interés público. De aquí que no pueda comerciarse, transigirse o contratarse sobre cuestiones del estado civil, de aquí también que las partes no sean libres para crear libremente derechos y obligaciones en materia familiar; por ejemplo, alterar el régimen matrimonial, estipulando determinados derechos y obligaciones y derogando otros; alterar la adopción aceptando el adoptante ciertas obligaciones y repudiando otras. Vuelve a funcionar el principio del interés público para sacar del ámbito del contrato estas cuestiones.

De este análisis se desprende la siguiente conclusión. Aun cuando a priori pudiéramos considerar que el contrato como norma puede regir todos los aspectos de la conducta de los contratantes, hay sin embargo, cuestiones de interés general que por razones de política legislativa deben sacarse de ese ámbito material; debe escapar al principio de la autono-

mía de la voluntad. Se ha consagrado en los códigos civiles una fórmula que determina este límite material: las partes pueden crear libremente derechos y obligaciones, pero no pueden derogar normas de interés general, ni tampoco contratar sobre el estado civil de las personas. Es, sobre todo en el contrato de transacción, en donde el legislador procede prohibiendo todas y cada una de estas materias: no es válida la transacción cuando recae sobre el estado civil, sobre la validez o nulidad del matrimonio, o cuando afecte intereses de orden público. Por esto también no puede transigirse sobre alimentos futuros, pero sí sobre alimentos ya causados.

5.—*Ambito temporal del contrato.*—Los contratos como las normas jurídicas en general tienen un ámbito de validez en cuanto al tiempo, es decir, existe un momento a partir del cual se inicia la vigencia de la norma contractual; también tienen una duración o sea, por su propia naturaleza deben estar limitados en cuanto al tiempo. El momento de iniciación de la vigencia en la norma contractual es semejante al momento de iniciación de la vigencia en la ley; en ambas normas debe cumplirse un proceso de elaboración. Pueden existir etapas definidas como ocurre en el proceso legislativo, o pueden no definirse estas etapas, como sucede en los contratos que se celebran entre personas presentes cuando la oferta es aceptada inmediatamente; sin embargo, aún en este caso simple, es decir, cuando la oferta se acepta sin discusión, podemos señalar dos etapas: la primera se refiere a la policitación u oferta y la segunda a la aceptación de la misma. Generalmente todo contrato implica cierta discusión, es decir, su proceso constitutivo no es tan simple, de tal manera que podemos encontrar, como ocurre en las leyes, una fase de iniciación, otra de discusión y una tercera de aceptación. La oferta que abre el ciclo contractual, en lo que toca a su formación, viene a corresponder a la iniciativa de la ley; después, tanto en la norma general, como en la contractual, tenemos la discusión y, en seguida, la aprobación. Como en las leyes intervienen distintos órganos, existen otras etapas, las de promulgación y publicación; en cambio, en los contratos exclusivamente intervienen los contratantes. Aprobada la oferta, se establece entonces ya la norma jurídica; pero en ocasiones el contrato necesita de una publicidad como la ley, para que pueda surtir efectos contra terceros, de aquí la necesidad de inscribir el contrato en el Registro Público de la Propiedad. Equivale, por consiguiente, esta inscripción, que le da efectos de publicidad a la norma contractual, a la publicación de las leyes en el Diario Oficial, para darles a conocer.

Cuando el contrato se celebra entre personas ausentes, es decir, cuando los contrantes no están el uno frente al otro, o bien no mantienen una comunicación que les permita inmediatamente decidir sobre la oferta y aceptación, entonces existe un proceso más complicado, tal cosa ocurre en los contratos por correspondencia. El contrato por teléfono sigue las reglas del contrato entre presentes dada la posibilidad material de que la oferta sea aceptada o rechazada. En el contrato por correspondencia pueden existir diferentes momentos, en su orden cronológico, son cuatro: 1o. El aceptante declara su conformidad con la oferta, pero no expide la contestación; por ejemplo, ocurre ante un Notario y declara ante él, para que se levante el acta correspondiente, que acepta la oferta; 2o. El aceptante no solamente declara que acepta, sino que expide la contestación; por ejemplo, depositando la carta o telegrama que da la respuesta. Se sella este documento en el correo o telégrafo y tenemos ya un segundo momento; 3o. Un tercero sería aquel en que el oferente recibe la contestación; 4o. Por último, el cuarto se refiere al momento en el cual el oferente se entera; puede recibir la contestación pero no enterarse por estar ausente, por no estar en ese momento, es decir, por alguna causa susceptible de justificación. Estos cuatro momentos permiten establecer, según los sistemas positivos, diferentes formas de considerar celebrado el contrato. Tenemos el sistema llamado de la *declaración* para el primer momento, el de la *expedición* para el segundo, el de la *recepción* para el tercero, y el de la *información* para el cuarto. Nuestro Código Civil vigente acepta el tercer momento, es decir, los contratos por correspondencia quedan celebrados cuando el oferente recibe la contestación, aun cuando no se entere de ella, excepto para el contrato de donación en el cual se requiere que el donatario entere al donante que acepta y lo haga en vida de él. En los demás contratos, se acepta el sistema de expedición.

Tomando en cuenta estos diversos momentos en que puede celebrarse un contrato por correspondencia, tenemos nuevamente comprobada la necesidad de estudiar en la norma contractual su proceso de formación en cuanto al tiempo, así como se determina en el proceso legislativo. Una vez que se inicia la vigencia de la norma contractual, viene una segunda cuestión, definir si esta norma por su naturaleza debe ser temporal o puede participar en este aspecto de las características de la ley, que no son necesariamente temporales; puede haber leyes que tengan vigencia para un cierto período, por ejemplo, durante la guerra. Pero normalmente las leyes tienen una pretensión de validez indefinida, excepto cuando por causas extraordinarias vienen a regular situaciones anormales. Por ejemplo: el Código Civil no tiene una vigencia para cierto tiempo; quedará

derogado cuando sea promulgado un nuevo Código, pero no podemos decir que tenga vigencia por un cierto tiempo. Y es que las leyes, por ser de carácter general, no es necesario someterlas a una cierta época; en cambio, el contrato es una norma que regula relaciones concretas de los contratantes, restringe la conducta de ellos en un cierto sentido y esto impide que el contrato pueda vincular perpetuamente a las partes. Todo contrato, por serlo, lleva necesariamente una limitación temporal, si no se violaría la libertad jurídica; si las partes pudieran ligarse por un contrato perpetuamente estarían renunciando a su libertad. Además, hay contratos que en su definición misma implican una temporalidad; tenemos como tales los siguientes: el precontrato, o sea, el contrato que celebran las partes obligándose en un plazo determinado a celebrar un contrato futuro; se requiere que se señale un plazo durante el cual se celebrará el contrato futuro que se prometen recíprocamente las partes, o que una promete en favor de la otra, sin que ésta a su vez se obligue. Tanto en la promesa bilateral como en la unilateral, es decir, tanto cuando ambas partes se obligan a celebrar contrato futuro, como cuando una sola lo hace, es necesario señalar un plazo. El arrendamiento se caracteriza como una concesión temporal del uso y goce de una cosa a cambio de una renta; el comodato es también una concesión temporal del uso; el depósito implica la custodia temporal de una cosa; la sociedad, asociación y aparcería llevan siempre un plazo. En los contratos legislativos de dominio sólo caben dos posibilidades: o el contrato es instantáneo o el contrato es a término, es decir, en ambos casos la norma contractual tiene una vigencia definida en el tiempo. Normalmente tenemos el contrato instantáneo, por ejemplo, la compra-venta al contado, la permuta, en que la operación se celebra y una vez cumplida ya deja de regir la norma contractual; sólo para el caso de incumplimiento posterior, por ejemplo, porque la cosa tenga vicios o defectos ocultos o que el comprador sea privado de ella, por habérsele vendido cosa ajena, la norma contractual vuelve a tener aplicación para resolver esos problemas. Ordinariamente, por lo tanto, en el contrato instantáneo la vigencia de esta norma es necesariamente limitada a un solo momento: la celebración del contrato, pues se cumple en el mismo momento en que se forma. Si el contrato es a término, como puede ser por ejemplo, la compraventa, el solo hecho de señalar un plazo nos indica que dada la naturaleza de la norma contractual, no podemos sostener, como ocurre con las leyes, que su pretensión de validez sea indefinida en cuanto al tiempo. Podrá haber libertad para señalar plazos máximos, más aún, podrá haber libertad para señalar plazos que la ley no determine. Por ejemplo, se puede señalar un plazo para la sociedad, por

cien años y que la sociedad continúe con los herederos de los socios; en cambio, en el Código Civil vigente tenemos plazos máximos de diez y quince años en el arrendamiento. En el comodato no tenemos duración prefijada, ni un cierto número de años, pero se define como una concesión temporal y gratuita del uso; lo mismo en el depósito, no hay precepto que establezca cierta duración máxima, pero necesariamente debe ser temporal; en los contratos de garantía, también encontramos la necesidad de un término; la prenda, la hipoteca, la fianza y la anticresis se refieren a obligaciones principales cuyo cumplimiento garantizan, y estas obligaciones deben tener un plazo; simplemente la función de la garantía se explica porque la duración de la deuda principal es por cierto plazo; si llegado el término el deudor no cumpliere, entonces funciona la garantía.

Kelsen considera que la norma contractual puede tener una vigencia como la ley, pero no hace un razonamiento analizando la naturaleza propia de la norma contractual, sino que en este aspecto se deja llevar por la analogía y dice que supuesto que ambas son normas, pueden ser temporales o pueden no tener una limitación en cuanto a tiempo. En relación a este ámbito temporal del contrato se presenta un problema interesante: saber si rige el principio que en materia de leyes dispone que la ley posterior deroga a la anterior; diremos: si un contrato posterior deroga al anterior y si se admite la derogación expresa y la tácita. Habrá derogación expresa cuando los contratantes celebran una nueva convención dejando sin efecto la anterior; habrá derogación tácita cuando los contratantes convengan una conducta contradictoria con la anterior, de tal manera que no puedan realizar al propio tiempo el contrato 1 y el contrato 2. Si en el contrato 1 se pactó entre A y B la conducta X y en el contrato 2 se pacta entre A y B la conducta no X, queda tácitamente derogada la norma anterior. Pero si el contrato 2 se pacta una conducta que no debe ser necesariamente contradictoria con la primeramente convenida, cabe entonces la posibilidad de que subsistan ambos contratos. Desde este punto de vista se aplica en sus términos la regla de que la norma posterior deroga a la anterior. Pero puede ocurrir un conflicto más complicado. Si suponemos que se celebra un contrato entre A y B obligándose B a realizar la conducta X y posteriormente se celebra un contrato entre B y C obligándose B a realizar la conducta no X, se plantea el problema de saber si el contrato celebrado en segundo término viene a derogar al contrato celebrado en primero. La modalidad estriba en que no son las mismas partes contratantes, sólo una parte, B, ha pactado sucesivamente dos conductas contradictorias. ¿Estará obligado a realizar la conducta X o la conducta no X? Para este conflicto tenemos tres posibles soluciones. La

primera sería: ambas normas subsisten dado que no hay identidad de contratantes, si B se ha obligado sucesivamente a conductas contradictorias, debe incurrir necesariamente en incumplimiento frente a uno de los contratantes, pero no podemos decir que el contrato entre A y B deje de surtir efectos, porque posteriormente B se obligue con C a otra conducta, lo único que podemos decir es que B habrá de faltar al cumplimiento de uno de los contratos, por el principio de la no contradicción; pero será entonces responsable ante el contratante ante quien no cumpla. Su responsabilidad significará que las dos normas están vigentes. Supongamos que no cumple con A, entonces se aplica el contrato para hacerle pagar daños y perjuicios, es decir, continúa vigente la norma A-B; pero supongamos que no cumple con C, aplicaremos la norma B-C para hacer responsable a B de los daños y perjuicios. La segunda solución consiste en aplicar el principio de que la norma posterior deroga a la anterior; esta solución sería injusta frente al contratante A; la norma posterior se ha creado en condiciones de ilicitud porque B estaba impedido para obligarse con C a una conducta contradictoria a la pactada con A. Por consiguiente, esta norma posterior viciada no debe derogar la norma anterior, como sí ocurría si las mismas partes sucesivamente pactasen conductas contradictorias, pues habría una derogación tácita. La tercera solución es la que se acepta tanto en derecho civil como en el internacional, para el caso de los tratados, cuando un Estado pacta primero con otro una conducta determinada y después con un tercero una conducta contradictoria. Considérase que la norma anterior deroga a la posterior, es decir, un principio opuesto al que existe en materia de leyes. Aquí la norma anterior tiene la virtud de derogar a la posterior, porque dada la primera, la segunda se presenta como ilícita. En el ejemplo: B no puede pactar aquella conducta contradictoria con C y si lo hace, procede ilícitamente. Por lo tanto, será el segundo contrato el nulo, habrá una derogación por nulidad, pues la regla anterior tiene la virtud de dejar sin efecto a la regla posterior.

6.—*Ambito espacial de los contratos.*—El ámbito espacial del contrato comprende todos los problemas relacionados con la validez de la norma contractual en relación con el espacio. Para las normas jurídicas generales tiene un sentido bien definido plantear el problema relativo al ámbito espacial de las mismas, dado que normalmente las leyes rigen en un territorio determinado y excepcionalmente pueden tener validez extraterritorial; por consiguiente, en las normas generales, incluyendo las leyes constitucionales, las ordinarias y los reglamentos, tenemos un ámbito definido para poder circunscribir el alcance espacial de la norma,

como principio de orden general y, además, tenemos el conjunto de problemas que estudia el derecho internacional privado, para poder definir cuándo las leyes o en su caso los reglamentos, tienen aplicación extraterritorial. Tratándose de los contratos, la cuestión se plantea en forma totalmente distinta, aun cuando sin perder de vista el problema capital que consiste en determinar si la norma creada por la convención tiene sólo aplicabilidad en un cierto lugar o bien, si su campo espacial excede a los límites del territorio del Estado. Como el contrato es una norma que rige la conducta de los contratantes, independientemente de cierta limitación espacial, tenemos un principio opuesto al que rige en materia de normas generales, es decir, en tanto que las leyes y reglamentos en principio rigen para el territorio del Estado, los contratos válidamente celebrados, no tienen validez referida sólo a un territorio estatal; su alcance es en este sentido extraterritorial; pero tiene que definirse si a pesar del alcance de la norma contractual, que en principio no queda limitado por un territorio determinado, podrá siempre y en todo caso tener fuerza obligatoria en cualquier parte del globo.

En la norma contractual no se toma en cuenta el dato espacial para poder definir su validez, más aún, puede concertarse el contrato entre personas pertenecientes a distintos Estados, de aquí que no podamos referir la norma contractual sólo al territorio al cual pertenezca uno de los contratantes; como norma de conducta sigue a los contratantes a cualquier lugar en donde se encuentren. Si suponemos un contrato celebrado en la ciudad de México entre A y B, el hecho de que uno de los contratantes o ambos radiquen después en lugares distintos, dentro o fuera del territorio nacional, en nada afectará la validez de esa norma creada conforme a la legislación vigente en el Distrito Federal. La norma, por consiguiente, seguirá a los contratantes a cualquier lugar en donde se encuentren. Problema secundario y diferente será el de la posibilidad material de ejecución por dificultades de hecho, que en ocasiones podrán ser insuperables, pero que desde el punto de vista jurídico no altera la cuestión propuesta.

Una vez definido el alcance de la norma contractual que no tiene en este sentido limitación espacial, se presenta la cuestión relacionada con la validez de la norma válidamente creada en un cierto Estado, para ser ejecutada en un Estado distinto. Si el lugar de ejecución pertenece al mismo territorio estatal en donde ha sido creada la norma contractual, no tendremos problema jurídico alguno. La validez de esa norma se respetará tanto en lo que se refiere a sus elementos esenciales como de validez, que son los que generalmente presentan problemas para el caso

de ejecución, fuera del territorio del Estado. En la hipótesis propuesta, no habrá ningún problema. Cuando el lugar de ejecución pertenece a un territorio estatal distinto de aquel en que se elaboró la norma contractual, el problema que ocurre se refiere a determinar si conforme al derecho en donde va a ejecutarse el contrato, tiene validez la norma creada de acuerdo con un sistema jurídico distinto; es decir, no es que la norma de conducta de los contratantes pierda su validez por una cuestión de orden espacial, no es que la norma quede limitada en cuanto a que sólo rija dentro del territorio del Estado, como sucede con las leyes y reglamentos; pero tratándose de una regla jurídica cuya ejecución tendrá que llevarse a cabo en un territorio estatal distinto, cabe la posibilidad de que esta norma contraríe principios de orden público y, por lo tanto, que en el Estado en donde se va a llevar a cabo la ejecución, surja un conflicto no obstante que la norma fue válidamente elaborada en un Estado distinto, pero que viene a contrariar el sistema jurídico de aquel otro Estado en donde va a tener aplicación. Desde el punto de vida estrictamente teórico, si la norma ha sido elaborada de acuerdo con un sistema jurídico determinado y se han observado todos los elementos esenciales y de validez, ya no debería quedar sujeta a nuevo examen cuando se tratase de ejecutar en otro Estado; pero esto que resulta lógico dentro del sistema jurídico de cada Estado, pierde su valor cuando la norma contractual entra en conflicto con el sistema jurídico en donde va a ejecutarse. Supongamos que en un determinado Estado se permita el contrato de juego de azar; si uno de los contratantes radica después en la ciudad de México y debe cierta suma por dicho contrato de juego o de apuesta, no producirá acción alguna. Aun cuando en el ejemplo propuesto el contrato haya sido válidamente celebrado en un país distinto, si se trata de ejecutar en el territorio mexicano en donde uniformemente, tanto en los Códigos de los Estados como en el del Distrito Federal, prohíben los juegos de azar, no tendrá validez esa norma contractual proveniente del extranjero. Y no es que se prejuzgue exigiendo un elemento más que no se requería cuando fue elaborada la norma, sino que simplemente se niega la ejecución de ese contrato porque va en contra del sistema jurídico mexicano. Desde este punto de vista se respeta la validez de la norma creada, pero se niega simplemente su ejecución en un territorio determinado y es así entonces como puede haber una limitación de orden espacial.

Uniformemente en las legislaciones de los Estados se acepta el principio de que en cuanto a la forma, el lugar rige al acto, es decir, "locus regit actum"; el contrato, por consiguiente, se ajustará a las formalidades

exigidas por la ley del lugar de su celebración. Y como éste es un principio de derecho internacional privado que por evidentes razones se acepta en todos los códigos civiles, nunca se negará la ejecución de un contrato en un territorio determinado, invocando como razón la inobservancia de formalidades. De esta suerte, si para un determinado derecho cierto contrato es solemne, pero se ha celebrado válidamente en un Estado en que sea consensual, al ejecutarlo en el primero, se tendrá que respetar la celebración que en forma consensual se hizo en el segundo. Lo mismo rige en cuanto a los elementos de validez. Principalmente, por lo que atañe a la capacidad, se toma en cuenta la de los contratantes conforme a su ley nacional; pero ello dependerá de las normas de derecho internacional privado que se consagren en los respectivos códigos civiles y en los tratados. En principio, se toma en cuenta la capacidad no por el lugar de ejecución del contrato, sino atendiendo al sistema jurídico aplicable a la celebración del mismo. De esta suerte, supongamos que se trata de ejecutar en México un contrato celebrado por personas que conforme a su ley nacional o de acuerdo con la ley del lugar de celebración, adquieren la mayoría de edad a los dieciocho años, no podrá rehusarse por los tribunales mexicanos la ejecución del contrato, considerando que los contratantes aún no habían llegado a la mayoría de edad de acuerdo con las leyes mexicanas, supuesto que el contrato, al ser otorgado, no pudo sujetarse a las leyes mexicanas. Cabe que se establezca el principio de la territorialidad absoluta, tal como queda declarado por el Código Civil vigente, aplicando a los extranjeros y nacionales las leyes mexicanas para todos los actos y contratos que se celebren dentro del territorio nacional; pero este principio de territorialidad absoluta no puede llegar al grado de rechazar la ejecución de aquellos contratos celebrados en el extranjero de acuerdo con normas jurídicas distintas a las leyes mexicanas, pues nuestro Código simplemente aplica las leyes mexicanas tanto a nacionales como a extranjeros, para actos ejecutados en el territorio nacional.

Independientemente de estos problemas que se plantean en cuanto al ámbito espacial del contrato, en la hipótesis de que ambos contratantes elaboren su norma conforme a un cierto ordenamiento jurídico, se presenta también la importante cuestión relacionada con los contratos por correspondencia, cuando las partes pertenecen a Estados distintos y, por consiguiente, existe conflicto para determinar de acuerdo con qué ley o conjunto de leyes ha quedado perfeccionado un determinado contrato. Igual problema se presenta en la actualidad para los contratos que se celebran por teléfono, cuando las partes pertenezcan a Estados distintos.

Si suponemos que un contrato bien sea por teléfono o por correspondencia queda celebrado entre una persona residente en la ciudad de México y otra residente en Madrid, tendremos que definir conforme a qué derecho queda celebrado este contrato, qué normas se aplicarán para determinar su validez y en qué momento quedó perfeccionado el contrato, dado que este momento es importante para aplicar un cierto sistema jurídico. En el supuesto de que los ordenamientos aplicables, tomando en cuenta los distintos lugares en que radican los contratantes, establezcan el mismo sistema jurídico, no habrá problema alguno. Por ejemplo, supongamos que tanto el Código español como el del Distrito aceptan el sistema de la recepción para los contratos por correspondencia, o los celebrados por teléfono cuando los contratantes se encuentran en territorio estatales distintos. De acuerdo con el sistema de la recepción, el contrato quedará entonces perfeccionado en el momento en que el oferente recibe la contestación afirmativa del aceptante. Como en ese momento se va a definir el contrato, será entonces la ley del oferente la que regirá la norma contractual. Si el oferente radica en México, entonces el Código Civil del Distrito será aplicable para determinar la validez del contrato; si el oferente radica en Madrid, será el Código Civil español el que regirá en esta materia. Cabe, no obstante, pensar en la posibilidad de los distintos sistemas jurídicos en cuanto a la capacidad de los contratantes; la norma aplicable se tendrá que determinar por el lugar de celebración que en la hipótesis será el del oferente, dado que ambos sistemas aceptan el sistema de la recepción. Pero en cuanto a la capacidad de los contratantes, no obstante que el contrato quedó celebrado de acuerdo con la ley del oferente, se plantea la cuestión jurídica importante de determinar si el aceptante en lo que atañe a su capacidad se sujetará a la ley del oferente o se sujetará al ordenamiento jurídico vigente en el Estado en donde se hace la aceptación. Exceptuando sistemas de territorialidad absoluta como el establecido en nuestro Código Civil en vigor, la norma general consiste en respetar la ley del lugar del aceptante para definir su capacidad en la aceptación, es decir, no se acepta la ley del lugar del oferente, sino que esta capacidad queda determinada por su propia ley, dado que el acto jurídico de aceptación, como acto unilateral, se realiza conforme a su sistema jurídico, aun cuando este acto venga a servir posteriormente para perfeccionar un contrato y, por consiguiente, para que en lo que atañe al contrato, sí sea aplicable la ley del oferente.

Cuando los sistemas jurídicos contengan normas distintas para determinar el momento de celebración de los contratos por correspondencia, entonces los conflictos tienen que resolverse de acuerdo con la ley de cada

Estado. Si en el mismo ejemplo suponemos que conforme al Código Civil español no rige el sistema de la recepción, sino el de la declaración o el de la expedición (es decir, el que considera formado el contrato en el momento en el cual el aceptante declara su conformidad con la oferta o expide la carta o telegrama manifestando su conformidad), y en cambio, de acuerdo con el Código Civil del Distrito, el contrato se forma hasta que el oferente recibe la respuesta de conformidad del aceptante, no podremos sujetarnos en cuanto al momento de celebración del contrato al Código español, ni al del Distrito, pues no habría razón para preferir uno u otro sistema. De acuerdo con el Código español, el contrato quedará formado bien sea en el momento de la declaración o en el de la expedición, es decir, sería aplicable la ley española; de acuerdo con la ley que rige la oferta, el contrato quedaría celebrado hasta que se recibiera la conformidad y entonces la norma aplicable sería la del Distrito Federal.

Si se presenta una controversia bien desde el punto de vista de la validez o simplemente por la inejecución del contrato que dé motivo a la intervención de los tribunales, entonces la cuestión jurídica tiene sentido en múltiples aspectos: primero, definir conforme a qué ley se va a juzgar la celebración del contrato, en qué momento quedó perfeccionado, cuáles serán las normas jurídicas que rigen sus elementos esenciales y de validez. Cabe la posibilidad de que la operación sea válida conforme a una ley y nula conforme a otra. Por ejemplo: que conforme a la ley del aceptante resulte nula y válida conforme a la ley del oferente. Entonces no habrá otra solución jurídica que aquella que determina la competencia del tribunal que conozca de la controversia. Si conforme a las leyes procesales, dada la controversia y la naturaleza de la acción que se intente, el domicilio del demandado, etc., es competente el tribunal de la ley del oferente, este tribunal juzgará de la validez de la operación sujetándose a su ley.

Se ve cómo existe un problema más complejo respecto al ámbito espacial que aquel que regula el derecho internacional privado para los conflictos de leyes en el espacio.

7.—*Ambito personal de los contratos.* Trataremos ahora del ámbito personal de los contratos. Esta cuestión jurídica tiene por objeto determinar si el contrato es una norma que sólo rige para los contratantes o bien, si tiene aplicabilidad respecto de terceros. El principio tradicional que tenemos desde el derecho romano, es en el sentido de que el contrato sólo surte efectos entre las partes. En consecuencia, los terceros no pue-

den ser ni beneficiados ni perjudicados por la norma contractual. Se considera que el alcance del contrato es limitado a las partes debido a que éstas están facultadas por el ordenamiento jurídico para elaborar su propia regla de conducta. En consecuencia, no podrán extender esta regla de conducta a terceros. El derecho objetivo permite a las partes convertirse en órganos accidentales del Estado, puesto que los faculta para crear una norma jurídica, así como faculta al juez para crear la norma llamada sentencia o al órgano administrativo la resolución, o al órgano legislativo las leyes. En el caso de los contratos, el derecho objetivo faculta a las partes para elaborar una norma y, por consiguiente, dice Kelsen, se convierten en órganos accidentales del Estado. Distingue los órganos que desempeñan una función normal, permanente, generalmente remunerada y que son los órganos en sentido material: legislativo, ejecutivo, judicial y los órganos en sentido formal que están facultados para crear normas; pero no desempeñan una función permanente. Los contratantes resultan órganos en sentido formal, por cuanto que por lo que ve a la materia, sí elaboran una norma, pero no desempeñan una función, sino que accidentalmente en sus operaciones jurídicas se convierten en órganos facultados para crear derecho.

Ahora bien, esta delegación que hace el derecho objetivo permitiendo a los contratantes crear una norma individualizada, debe limitarse sólo a la conducta de los propios contratantes. Si esta es la regla general, también admite diversas excepciones. Desde luego cabe la posibilidad jurídica de que la norma favorezca a terceros, pero no de que los perjudique. Dos sistemas han sido elaborados en los distintos derechos positivos para permitir que la norma contractual favorezca a terceros: Primero, el contractual, que es el clásico o tradicional, consiste en considerar al propio contrato como fuente del derecho que se otorga a un tercero, cuando en él se contengan estipulaciones que lo beneficien. El tercero podrá aceptar o rechazar la estipulación hecha en su favor. Por lo tanto, la teoría clásica sostiene que es el propio contrato la fuente de los derechos de un tercero. Dentro de esta teoría clásica, existe el problema relativo a explicar cómo un tercero, sin ser parte contratante, puede, no obstante, beneficiarse por un contrato e invocarlo como fuente de sus derechos subjetivos. Tal ha sido, por ejemplo, la posición observada desde el derecho romano y que ha venido siendo consagrada en los códigos. El segundo sistema explica estas obligaciones que benefician al tercero, no dentro de la vida contractual, sino al través del acto unilateral; no es que el contrato favorezca al tercero, porque lógicamente éste tendría que ser parte contratante y, por hipótesis, no lo es; lo que favorece

al tercero es una declaración unilateral de voluntad que se hace a propósito de un contrato entre el promitente y el estipulante; los derechos del tercero ya no derivarán de un contrato, sino de un acto unilateral y esta tesis tiene interés, porque el tercero tendrá acción directa contra el promitente; el estipulante podrá tener o no acción según se declare así en el contrato. En cambio, en el primer sistema, no es el tercero quien tiene acción directa contra el promitente, sino el estipulante quien tiene acción para exigir al promitente que cumpla con aquella estipulación que se hizo en favor de un tercero. Nuestro Código Civil vigente ya no admite la teoría contractual, sino que acepta que el derecho del tercero nace de un acto unilateral o sea de la declaración que formula el promitente con motivo de un contrato. En este sistema el tercero será quien tenga acción directa para exigir el cumplimiento de la promesa; también el estipulante, a no ser que se convenga expresamente que sólo éste tendrá acción contra el promitente. Si suponemos que en un contrato celebrado entre A y B, el promitente A declara una determinada prestación en favor del tercero C, la solución será distinta según se acepte la tesis contractual o la tesis unilateral; en la primera, el contrato tendrá un ámbito de aplicación que excede al principio tradicional, es decir, el contrato no sólo surtirá efectos entre las partes, sino que también podrá beneficiar a terceros. En cambio, si aceptamos la tesis unilateral, ya no será un problema relacionado con el ámbito personal del contrato, pues el beneficio estipulado en favor del tercero se explicará no porque el contrato surta efectos fuera de las partes, sino porque dada la declaración unilateral de voluntad del promitente, se ha creado una obligación directa entre él y el tercero. El contrato sólo fue un medio para poder hacer esa declaración unilateral, medio que influye en la declaración, porque si es nulo el contrato, será nula la declaración por vía de consecuencia.

Además de este caso en que el contrato puede beneficiar a terceros conforme a la teoría tradicional, Kelsen nos presenta una serie de situaciones jurídicas que permiten que los contratos surtan efectos y perjudiquen a terceros. Desde luego, Kelsen tiene que recurrir al derecho del trabajo para encontrar su mejor ejemplo. Cita el caso del contrato-ley o del contrato colectivo. Por razones de interés público se permite que el contrato colectivo de trabajo afecte a la minoría que no lo ha celebrado y más aún, en el contrato-ley, observados los requisitos exigidos en nuestro derecho por la Ley Federal del Trabajo, la norma contractual tendrá aplicación para sindicatos patronales y obreros, que no lo hayan celebrado.

Si en cierta región industrial un contrato colectivo de trabajo es celebrado por determinada mayoría de sindicatos obreros y patronales, el Ejecutivo Federal puede elevar ese contrato a la categoría de contrato-ley. Aquí, en realidad, tenemos una combinación de supuestos, no sólo la norma contractual tiene eficacia contra terceros, sino que por la intervención del Ejecutivo Federal, por un decreto, se le da el carácter de contrato-ley; pero en el contrato colectivo sí cabe la posibilidad, sin que intervenga un órgano del Estado, de que la norma creada por la mayoría de los trabajadores pertenecientes a un sindicato se aplique a la minoría que no ha participado en su celebración.

En el derecho civil, Kelsen cita los siguientes casos: Primero, contratos celebrados por los representantes que afectan a los representados. Segundo, contratos celebrados por las sociedades y asociaciones que afectan a los socios y asociados que no han concertado materialmente la operación. Y, tercero, contratos constitutivos de derechos reales. Dada la oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales, se afecta a terceros que no han participado en la elaboración de la norma contractual. Estos tres casos son en realidad excepciones al principio tradicional, pero se justifican desde otros puntos de vista.

Dada la importancia de estos tres temas los trataremos en forma separada y dándoles la extensión debida.

CAPITULO II

Problemas Relacionados con el Ambito Personal de los Contratos

1.—*El concepto de tercero.*—En primer término, conviene determinar lo que se entiende jurídicamente por tercero.

Tiene este término dos connotaciones, según que se emplee en relación con los contratos, o bien, en relación con el Registro Público de la Propiedad. Nosotros sólo nos referiremos a la primera connotación: tercero para los efectos de un contrato. El otro significado: tercero para los efectos del Registro Público de la Propiedad, lo hemos expuesto en el tomo II de la Teoría General de los Derechos Reales. En su primer significado, según la tesis tradicional, el concepto de tercero no comprende

a las partes contratantes, a los representados y a los herederos, o sea, a los causahabientes a título universal. Es decir, en la primera significación deslindaremos si el término tercero puede referirse a los representados y a los causahabientes a título universal, o bien, si dentro de una connotación jurídica estricta son terceros para los efectos del derecho.

2.—*Los representados son terceros.*—Tradicionalmente se ha sostenido que los representados no son terceros, y aquí es donde Kelsen hace la primera innovación.

Cuatro teorías existen para explicar la representación jurídica. Res-respectivamente son:

1a. *Doctrina de la ficción.*—Es la doctrina clásica aceptada por los principales civilistas franceses comentadores del Código Napoleón, e incluso por los civilistas que inspiraron ese Código como Domat y Pothier.

Conforme a esta teoría el representante se identifica con el representado. Por consiguiente el representado no puede ser tercero. Es cierto que el contrato no se celebra por éste pero para los efectos jurídicos, por una ficción se considera que es el representado quien contrata. Por ejemplo, es el incapaz quien contrata a través del que ejerza la patria potestad o la tutela, es el mandante quien contrata a través del mandatario. La teoría de la ficción, desde luego, parte de un hecho falso, y en este sentido ciertamente Kelsen tiene razón. No es el representado quien contrata, es el representante y, sin embargo, los efectos jurídicos del contrato no afectarán ni a su persona, ni a su patrimonio, sino que afectarán a la persona o al patrimonio del representado. Por consiguiente, querer explicar por una ficción que en realidad es el representado quien contrata, es alterar los hechos, querer desmentir la realidad misma. Por esto, en general, todas las ficciones en el derecho se repudian por la técnica jurídica. Sólo excepcionalmente son útiles, pero quien debe emplearlas es el legislador y declararlo así categóricamente, no la doctrina jurídica, para querer explicar falsamente, a través de supuestos contrarios a la realidad, instituciones jurídicas. Por lo tanto, de acuerdo con la teoría de la ficción, tendría razón Kelsen. El contrato está surtiendo efectos en contra del representado, no obstante que éste no ha contratado.

Popesco-Ramniceano, De la Représentation Dans les Actes Juridiques en Droit Comparé, París, 1927, págs. 5 a 23.

2a. *La teoría del nuncio.*—Se debe a Savigny y es igualmente falsa, porque declara que el representante es un simple mensajero, un

nuncio del representado, un portavoz de él, de tal manera, que se convierte en un instrumento para exponer su voluntad. Ahora bien, tratándose de los incapaces, jamás puede el representante ser un mensajero del representado, es también falsear la realidad y vuelve a tener razón Kelsen al sostener que aquí, de acuerdo con esta teoría, el contrato está surtiendo efectos en la persona del representado, no obstante que no ha contratado. Sólo en la representación voluntaria, es decir, aquella que se concede por mandato, y cuando se trata de instrucciones expresas que da el mandante al mandatario, sería cierta la tesis de Savigny, pero aun cabe la posibilidad de que el mandatario tenga que ejecutar actos jurídicos que no quedaron previstos en las instrucciones (no que contraríe éstas, sino que haya habido algunas omisiones y, sin embargo, tenga que actuar). Por lo tanto, sólo el mandato especial con instrucciones categóricas sería el único caso de representación en el cual el mandatario se convertiría en un portavoz o instrumento del mandante, para cumplir fielmente su voluntad. Aquí se parte de la capacidad jurídica del mandante que dicta esas instrucciones y celebra el contrato de mandato.

3a. *Teoría de la cooperación de voluntades.*—Considera que hay una colaboración entre la voluntad del representado y la del representante. Es decir, ya aquí los efectos jurídicos del contrato se explicarían tomando en cuenta que en parte han sido queridos por el representado y en parte han sido queridos por el representante. Esta tesis es falsa para la representación legal. No es verdad que haya colaboración entre representante y representado. Si el representado es un incapaz no puede colaborar con el representante. Su voluntad jurídicamente es ineficaz. Si el representado es un ausente hay una imposibilidad material o de hecho para que pueda colaborar con su representante. En el mandato, o sea en la representación voluntaria, sí tiene aplicación esta tesis que se debe a Mitteis. Hay una distinta colaboración de voluntades entre mandante y mandatario, según se trate de mandato especial o de mandato general, y según se contengan en el mandato instrucciones expresadas o bien, se deje al mandante libertad de acción. Por lo tanto, habrá una mayor o menor preponderancia de la voluntad del representado o de la del representante, es decir, diferentes formas de colaboración. En el mandato especial, con instrucciones expresas, podemos decir que los efectos jurídicos del contrato recaen en la persona del mandante, porque así lo ha querido de manera terminante, ha dado un poder en ese sentido. En el mandato general sin instrucciones, que deja al mandante en libertad de acción, ya no puede afirmarse, si prescindimos de ficciones, que el mandatario quiera y conozca los contratos que celebre el mandante. Por anti-

cipado acepta estar y pasar por los actos jurídicos que realice su representante. Aquí entonces tendría, en parte, aplicación la tesis de Kelsen, de que el contrato está surtiendo efectos a una parte que ni lo ha celebrado, ni lo ha conocido, ni ha dado su voluntad respecto a los términos concretos de la operación.

4a. *Teoría de la substitución.*—Considera que hay una substitución real de la voluntad del representado por la voluntad del representante. Prescinde de ficciones y se atiene a la realidad. Cuando un representante contrata, máxime si es un representante legal: tutor, persona que ejerza la patria potestad, representante del ausente, síndico en el concurso o en la quiebra, en realidad, hay una verdadera substitución de la voluntad del representado por la del representante. Es decir, quien contrata, quien exterioriza tal voluntad es exclusivamente el representante. Madray, que sostiene esta tesis, invoca la explicación general que nos da Bonnecase para poder justificar este efecto anómalo en el derecho.

¿Cómo es posible que una voluntad se substituya a otra, si celebra un contrato, y obligue a aquél a quien ha substituido? Sería aceptar un desquiciamiento absoluto en el derecho si permitiésemos como normal que una persona pueda obligar a otra. Por el contrario, la seguridad exige que cada quien resulte obligado por sus propios actos y que un tercero no pueda obligar a otro. Pero excepcionalmente, por razones que impone la vida jurídica, por ejemplo, por la incapacidad de los menores, de los enajenados mentales, por una cuestión de hecho tratándose de ausentes, es necesario que una voluntad pueda exteriorizarse válidamente para obligar a otro. Es decir, hay una necesidad que la ley toma en cuenta, porque de lo contrario los incapaces no podrían actuar; los ausentes tampoco podrían tener un medio jurídico de defensa de sus bienes y derechos. Dada esta necesidad, hay una situación jurídica abstracta que prevé ciertas condiciones excepcionales para que una voluntad pueda válidamente obligar a otra, o hablando más concretamente, que un sujeto pueda obligar a otro.

Según Bonnecase, la situación jurídica abstracta prevista en la norma se actualiza a través de un hecho o de un acto jurídicos. Pues bien, en el caso de la representación legal, tenemos una situación jurídica abstracta que dice: tratándose de menores, de enajenados, de incapaces en general, de ausentes, determinada persona, el tutor, el que ejerza la patria potestad, el representante especialmente designado en el caso de ausencia, podrán celebrar actos jurídicos por el incapaz o el ausente. Esta situación jurídica abstracta se actualiza en cada caso, cuando se presente la hipótesis de minoridad, de interdicción, de ausencia.

Se advierte cómo Madray siguiendo a Bonnecase sólo nos da una explicación jurídica del fenómeno, es decir, la posibilidad de que la voluntad del representante substituya válidamente a la voluntad del representado, y se justifica esta posibilidad jurídica, por una necesidad para que los incapaces o los ausentes puedan actuar. Pero aun cuando la explicación resulte exacta y ya no se recurra a ficciones, tendremos como conclusión que en el contrato celebrado por un representante legal se están imponiendo obligaciones al representado, sin que sea en realidad parte contratante. Si prescindimos de la teoría tradicional que declara que es parte y nos atenemos a la realidad, comprobaremos que no es parte y, sin embargo, resulta afectado. Se justificará por qué la ley permite que los padres, los abuelos, los tutores, los representantes del ausente, puedan imponer obligaciones a los menores, a los incapaces o a los ausentes, pero la verdad es que estos sujetos no han contratado y, sin embargo resultan obligados. En este sentido sí tiene razón Kelsen. Podemos considerar que en la representación legal el contrato surte efectos en contra de un tercero, declarando que el representado es tercero, no es parte, y a sabiendas de que nos ponemos en contra de toda la teoría tradicional. En cambio, en la representación voluntaria, ya el problema cambia. Cabe hacer el distingo que hicimos al comentar la tesis de Mitteis. Si hay mandato especial con instrucciones expresas, el mandante resulta obligado porque así lo ha querido. Si hay mandato general sin instrucciones expresas, puede aceptarse una colaboración entre la voluntad del representante y la del representado.

3.—*Problemas relacionados con los causahabientes a título universal.*—Por virtud del principio que en materia hereditaria establece que el heredero substituye al de cujus en todas sus obligaciones y derechos, a beneficio de inventario (por ministerio de ley, según nuestro sistema, a petición de aquél, como ocurre en la mayor parte de los derechos latinoeuropeos), cabe sostener que el heredero no es un tercero, sino que es la misma persona del autor de la sucesión, que lo continúa para los efectos hereditarios. Es decir, para la transmisión del patrimonio con su activo y pasivo. También aquí la doctrina tradicional que piensa que el heredero es un simple representante del autor de la herencia resulta falsa. El heredero no puede ser representante de una persona que ha dejado de existir. La representación, si no ha de fundarse en ficciones, supone la existencia del representado y, por hipótesis, en el caso del heredero, el representado ha dejado de existir, pues es el autor de la sucesión. Si desechamos esta teoría para aceptar que simplemente el heredero es un

continuador del patrimonio y no de la persona del de cujus, habría que sostener que el heredero resulta obligado por contratos que no ha celebrado. Ahora bien, su obligación depende de la aceptación de la herencia, porque si el heredero repudia, no resultará obligado. Además, su obligación tiene un límite: el beneficio de inventario. Será responsable de las obligaciones del difunto pero hasta donde alcance el activo hereditario, tomando en cuenta que el heredero debe aceptar o repudiar la herencia y que, además, o tiene el beneficio de inventario por ministerio de ley, como ocurre en nuestro derecho, o porque lo solicita, como en el derecho italiano, francés, español, argentino, etc., y en realidad, el heredero no resulta ser un tercero; se convierte en parte por su aceptación en la herencia y de aquí la posibilidad de que los contratos lo obliguen, sin haberlos concertado. En cambio, los causahabientes a título particular son terceros. El causahabiente a título particular puede resultar por acto entre vivos o por testamento, en la institución del legado.

Los legatarios son terceros, los adquirentes a título particular son terceros y, entonces, aplicaremos el principio: estos terceros no pueden ser afectados por un contrato celebrado por el causante, excepto cuando lo acepten expresamente. Todo causahabiente a título particular adquiere bienes, derechos y obligaciones determinados. Por ejemplo, el comprador es un causahabiente a título particular, adquiere una cosa o un derecho por un precio.

El legatario es un adquirente a título particular: el testador le trasmite bienes o derechos determinados. Evidentemente que estos adquirentes, por recibir algo determinado en forma onerosa o gratuita, no serán responsables de las obligaciones generales del enajenante. Supongamos que el comprador todavía no paga el precio de la cosa que después vende, pero adquirió legítimamente su propiedad porque no hay cláusula de reserva de dominio. Aun cuando todavía debe parte del precio, puede válidamente vender. Quien le compra, no será responsable de aquel precio insoluto. Esta es una obligación que tiene su causante frente al anterior vendedor y, por lo tanto, como adquirente a título particular, es decir, como tercero en relación con aquel primer contrato de compraventa, no resulta obligado, no obstante que se le transmita la cosa por cuya virtud se debe todavía parte de un precio en la primera operación. El comprador de una casa en donde todavía el vendedor adeuda al arquitecto que la construyó o a sus operarios determinadas cantidades, por ser adquirente a título particular, no va a responder de estas obligaciones del vendedor frente al arquitecto, o frente a los operarios que trabajaron en la construcción. Adquiere una cosa determinada, y es tercero en re-

lación con aquellos contratos, sólo cuando el tercero adquirente, no obstante que es a título particular, acepte el gravamen, responderá de él pero es porque recibe la cosa con ese gravamen. No resulta tercero para responder de una obligación que no ha contraído, sino que expresamente la recibe con ese gravamen, tanto en el caso del contrato como cuando se le instituye legatario de una cosa gravada.

Por lo tanto, para esta clase de causahabientes a título particular, podemos sostener que nunca el contrato puede surtir efectos en su perjuicio, es decir, se cumple la regla general de que el *contrato sólo afecta y crea obligaciones para los contratantes.*

4.—*Contratos concluidos por personas morales.*—Respecto a los contratos celebrados por personas morales, sostiene Kelsen que en realidad el contrato crea derechos y obligaciones en relación con terceros. Afirma categóricamente que la personalidad jurídica, como recurso de la técnica, no puede desconocer este hecho fundamental. Los contratos celebrados por las personas morales afectan a sus distintos miembros que no han contratado. En contra de esta tesis se ha aceptado que es la persona jurídica quien contrata y es ella la que resulta obligada, no sus socios o miembros, por cuanto que la persona tiene un patrimonio propio y un órgano representativo de la entidad creada por el derecho. Los efectos patrimoniales del contrato van a afectar al patrimonio de la entidad jurídica. Los miembros, los socios, los asociados, resultarán indirectamente afectados, por cuanto que, a su vez, tienen interés en el patrimonio social o colectivo. Kelsen considera que esta explicación parte de una ficción jurídica. Estima que el derecho construye el concepto de personalidad moral o colectiva, simplemente para poder imputar o referir determinados derechos y obligaciones a un ente ideal, pero que todo derecho y toda obligación necesariamente tienen que referirse al hombre. El concepto de persona moral, como recurso de la técnica jurídica, no puede llegar al grado de que los derechos y las obligaciones existan fuera de los seres humanos. Por esto dice, tanto el derecho objetivo como los derechos subjetivos y los deberes jurídicos tienen que referirse necesariamente a la conducta humana y, por lo tanto, afectar a seres humanos, no a seres ideales. Se admite imputar los actos a una entidad creada por el derecho, porque atrás de esa entidad están los individuos, es decir, los seres humanos constitutivos de la persona jurídica.

Pasa en seguida Kelsen a estudiar lo que él denomina la disolución de la ficción de la persona jurídica. Es decir considera que sólo por una verdadera ficción es posible afirmar que los derechos y las obli-

gaciones que se crean por un contrato celebrado por una persona moral afectan a esta persona moral y no a sus miembros individualmente considerados.

En contra de esta tesis cabe hacer las siguientes observaciones unas fundadas en la propia teoría de la personalidad de Kelsen y otras en la técnica que sigue el derecho para construir el concepto de persona.

Tanto en su Teoría General del Estado, como en su Compendio de Teoría General del Estado, sostiene dicho autor que la persona jurídica se define desde tres puntos de vista:

1.—La persona es un centro ideal de imputación de derechos y obligaciones.

2.—La persona es un centro ideal de imputación de actos jurídicos.

3.—La persona es un centro ideal de imputación de normas jurídicas.

Podemos sintetizar los tres puntos de vista en un solo concepto: la persona moral o colectiva es un centro ideal de imputación de derechos, obligaciones, actos y normas jurídicas. Nos dice Kelsen que lo que existe de persona en el ser humano, no es lo que existe de individuo, biológico y psíquicamente considerado. Su entidad como persona en el derecho se debe a que es un centro de imputación de facultades, de deberes, de actos y de normas; por lo tanto, concluye, es idéntica la naturaleza de la persona individual y de la persona colectiva, porque en ambas lo que se caracteriza como sujeto de derecho, no es su entidad física, psíquica o social, sino su capacidad para ser centro de imputación de derechos, obligaciones, actos y normas.

Si a esta afirmación llega Kelsen, existe contradicción con lo que ahora afirma en su estudio especial sobre el contrato y el tratado, dado que si tanto la persona colectiva o moral, como la persona física o individual, son creaciones del derecho de manera que no se toman en cuenta una realidad determinada física, psíquica o social, sino la posibilidad de ser centros de imputación de derechos y de obligaciones, lógicamente entonces debemos decir que la persona jurídica de carácter colectivo no es una ficción; que tan sujeto de derechos es el ser humano, como el ente creado por el derecho objetivo, dado que en ambos casos existe la posibilidad de imputar derechos y obligaciones, así como actos jurídicos, a esas entidades.

Ahora bien, si conforme a este punto de vista de Kelsen al definir de manera general la personalidad: los derechos, las obligaciones, los actos y las normas se imputan a un centro ideal (y le llama ideal porque no depende de una realidad determinada, sino de una capacidad jurí-

dica), debe entonces aceptarse la consecuencia lógica de que los contratos celebrados por las personas morales implican derechos y obligaciones que se imputan a estas personas, no a los seres humanos que las constituyan, supuesto que el concepto de personalidad nada tiene que ver con la realidad biológica, física o psíquica de los seres humanos. Es decir, lo que tenemos de personas, no lo tenemos por ser cuerpos físicos, ni por ser organismos, ni por ser espíritus, sino por ser sujetos a los cuales el derecho nos da capacidad. Podría negarnos capacidad, como sucedió a los esclavos y entonces, a pesar de nuestra indiscutible realidad física, psíquica y biológica, dejaríamos de ser centros de imputación de derechos y obligaciones. Si esto es así, en las personas morales hay un centro con independencia absoluta de los miembros que la constituyan y, por lo tanto, los derechos y las obligaciones que se creen, no son derechos y obligaciones a cargo y en favor de los miembros individualmente considerados, sino son derechos y obligaciones a cargo y en favor de la persona jurídica que contrata, de la sociedad, de la asociación, del sindicato, del Municipio, etc.

Desde otro punto de vista y prescindiendo de las ideas de Kelsen, podemos decir que la persona jurídica, moral o colectiva, tiene un patrimonio propio en cuanto que entra en relaciones jurídicas patrimoniales con terceros. Este patrimonio es el que resulta obligado a través de su titular o sea la persona moral. No son los socios, los asociados, los miembros, quienes reportan las obligaciones, tenemos una separación de patrimonios y, por consiguiente, una separación de relaciones jurídicas. De ahí que los socios o miembros de una persona moral tengan sólo derechos personales para exigir cuentas, utilidades, distribución de los bienes al terminar la persona, pero no tienen un derecho real sobre los mismos. Ellos no son los dueños o titulares de esos bienes, éstos pertenecen a la sociedad, a la asociación, al sindicato, etc., y lo que decimos desde el punto de vista de los derechos distinguiendo con claridad entre derechos personales de los socios o de los miembros, y derechos reales de la sociedad o persona jurídica sobre su patrimonio, así también debemos afirmarlo respecto a las obligaciones: Cuando una persona moral contrata, contrae obligaciones que afectan su patrimonio como entidad social independiente de los patrimonios individuales de sus miembros. Esta separación, tanto desde el punto de vista de la personalidad como del patrimonio, nos permite afirmar que Kelsen está confundiendo un resultado económico que a posteriori se determinará, por cuanto que las obligaciones de la persona moral se reflejan económicamente sobre sus miembros, con un análisis estrictamente jurídico, en donde las obligaciones de

la persona moral no se reflejan sobre las individualidades concretas de cada uno de sus miembros.

Nadie discute el resultado económico, es cierto que en definitiva los buenos o malos negocios de una persona moral benefician o perjudican a sus miembros; pero desde el punto de vista estrictamente jurídico, las obligaciones y los derechos que adquiere una persona moral por contrato o por algún otro acto o hecho jurídicos, son obligaciones y derechos exclusivos de la entidad creada por la ley y no obligaciones y derechos de los miembros constitutivos de aquella entidad.

En conclusión, esta excepción que señala Kelsen no es exacta. Cabe dentro de la técnica jurídica, sin recurrir a ficciones, explicarnos por qué los contratos celebrados por las personas morales no crean obligaciones respecto de sus miembros.

5.—*Contratos que crean derechos reales.*—En cuanto a ellos afirma Kelsen que cuando por virtud de un contrato el propietario de una cosa crea un derecho real de aprovechamiento o de garantía, por ejemplo, establece un usufructo, una servidumbre, una hipoteca o una prenda, etc., se producen efectos no sólo entre las partes, sino respecto a terceros, dado que los derechos reales son valederos erga omnes, es decir, se caracterizan como derechos subjetivos absolutos. De esta suerte el usufructo, la servidumbre, la hipoteca o la prenda que se constituyan por un contrato, serán oponibles no sólo a los terceros, especialmente a las adquirentes de la cosa gravada, que tendrán que respetar el gravamen, sino también aquellos que tengan un interés respecto de la cosa. Puede suceder que ciertos terceros tengan ya determinados gravámenes o adquieran con posterioridad al contrato, alguno. En uno y en otro caso se originan problemas para determinar la prioridad en los gravámenes constituidos y, por lo tanto, se han creado derechos reales merced a un contrato, que pueden ser oponibles no sólo a los adquirentes de las cosas gravadas, sino a terceros que con posterioridad lleguen a adquirir otros derechos reales o a embargar esos bienes. Kelsen detiene su análisis hasta este punto y le basta con estos datos para sostener que tenemos un ejemplo más en que el contrato surte efectos tanto en favor como en perjuicio de terceros. Creemos que en este aspecto tampoco tiene razón el jefe de la antigua escuela vienesa.

Debe distinguirse entre el contrato creador de derechos reales y el derecho creado por el contrato. Lo que produce efectos respecto de terceros no es el contrato, sino el derecho creado por éste. El contrato en sí como acto jurídico que se celebra entre partes determinadas no

tiene la virtud de afectar a terceros, pero cuando el contrato crea derechos reales, es en razón del derecho creado y por su especial naturaleza como se afecta a terceros. Si el contrato crea derechos personales, no puede afectar a terceros; en uno y en otro caso el acto jurídico es idéntico. Por lo tanto, el efecto respecto de terceros no deriva del contrato, sino del derecho creado por el contrato. En el acto jurídico unilateral, en la prescripción, que crean derechos reales, también tenemos ese efecto de oponibilidad respecto de terceros. *Podemos decir que se conjugan en el contrato creador de derechos reales dos situaciones jurídicas diversas, reguladas por principios distintos: una se refiere a la celebración del contrato que sólo afecta a las partes; por ejemplo, por virtud de un contrato se origina una servidumbre o una hipoteca, este acto jurídico está sujeto a una regla especial que sólo surte efectos entre los contratantes;* por consiguiente, las cláusulas que se estipulen en la constitución de la servidumbre o hipoteca, sólo van a surtir efectos entre los contratantes. Los derechos y obligaciones que determinan modalidades en esa servidumbre o hipoteca sólo surten efectos entre las partes.

Ahora bien, además del contrato tenemos la creación de un derecho real que tiene una vida independiente. Es cierto que nace del contrato, pero puede nacer de otra fuente. Lo importante es que sólo se toma en cuenta al contrato como medio para generar un derecho real, pero este derecho tiene su lógica normativa especial. Afectará a terceros no por las cláusulas constitutivas del derecho real, sino por su naturaleza siempre igual, cualesquiera que sean esas cláusulas en relación con los terceros. La cosa quedará afectada por un derecho real; este derecho real seguirá a la cosa en manos de cualquier propietario o poseedor; los terceros en general tendrán que respetar la constitución del gravamen. Las obligaciones que se originan por el derecho real, ya no son las mismas que aquellas que se crearon entre los contratantes por virtud del contrato de servidumbre, usufructo, hipoteca, o prenda. Se crean obligaciones reales respecto de terceros, pero no obligaciones personales y estas obligaciones reales no nacen del contrato, son correlativas del derecho constituido. Por ejemplo, la obligación que tienen todos los adquirentes de una cosa gravada de respetar el gravamen. No podemos decir que esta obligación nació del contrato y se opuso a los terceros; esta obligación la impone la ley como consecuencia de todo derecho real; no necesita pactarse ni tiene que determinarse entre los contratantes, opera siempre fuera de todo contrato porque es inherente al derecho; real; la obligación general de respeto que tienen todos los terceros frente al titular del gravamen es también una obligación legal, no contractual, pues

la impone el derecho objetivo como consecuencia de la interdependencia humana y de la necesidad evidente de respetar todos los derechos constituidos.

De manera que en los dos grandes tipos de deberes jurídicos que Kelsen cree encontrar como derivados del contrato (uno, para los *adquirentes* de las cosas gravadas que deben respetar los gravámenes; otro, para los terceros que entran en relaciones jurídicas con el dueño o titular del derecho real para respetar éste y para los terceros en general que deben abstenerse de violar o perturbar el gravamen), se puede decir que las obligaciones no derivan del contrato sino de la ley y, como consecuencia, de la naturaleza real del derecho creado por el contrato. Y tan es así que son obligaciones que existen no sólo cuando el derecho real nace del contrato, sino también cuando nace del testamento, del acto jurídico unilateral, de la prescripción, y del acto administrativo en aquellos casos en que la concesión puede crear derechos reales. Queda, por consiguiente, aclarado este error de Kelsen y con esto terminamos el estudio del ámbito personal.

CAPITULO III

Otros Problemas Relacionados con el Contrato

1.—*Fundamentos de la obligatoriedad de la norma contractual.*— Se enseña en el derecho civil, que es un principio fundamental el de la obligatoriedad del contrato. De aquí la norma según la cual los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos (*pacta sunt servanda*). Pero no se ha planteado el problema relativo a determinar por qué obliga el contrato; es decir, cuál es el fundamento de la obligatoriedad de la norma contractual. Serían posibles tres soluciones: Primera, el contrato obliga porque es voluntad del deudor imponerse determinadas obligaciones; segunda, el contrato obliga porque se crea una voluntad contractual distinta de las voluntades de las partes, que es capaz de imponerse deberes jurídicos, es decir, aquí ya no obliga por la voluntad unilateral del deudor sino por la voluntad contractual que tiene una vida independiente de las voluntades individuales de las partes; y tercera, el contrato obliga porque es una norma jurídica creada de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente en un Estado determinado. Este es el punto de vista de Kelsen, quien asigna a la obligato-

riedad de la norma contractual el mismo fundamento que da para las demás normas: sentencias, resoluciones administrativas, reglamentos y las leyes ordinarias. (Kelsen, el Contrato y el Tratado, págs. 55 y 56). ¿Por qué obliga el Código Civil? Porque ha sido elaborado de acuerdo con la Constitución. ¿Por qué obliga un reglamento? Porque ha sido elaborado de acuerdo con la Constitución y la ley ordinaria respectiva. Por la misma razón entonces obliga un contrato; porque las partes al elaborarlo se han sometido a las reglas del Código Civil o del Código Mercantil. Ahora bien, problema distinto es saber por qué obliga la Constitución; a nosotros nos basta dentro de cada derecho positivo, contestar que el contrato obliga porque ha sido elaborado de acuerdo con el Código Civil o el de Comercio. Pero si nos preguntamos por qué obliga la Constitución, tendremos que referirnos a una Constitución anterior y de ésta a otra y a otra, hasta llegar a la primera; para ésta ya no podremos invocar el mismo fundamento. Ya en este caso Kelsen parte de la Constitución hipotética, es decir, no de la Constitución en sentido positivo como son las históricas, sino de la Constitución que es necesario suponer como base de todo el sistema y que tiene además como fundamento la facticidad, es decir, la observancia real en la conducta de los hombres, como fenómeno sociológico que se produce cuando la norma fundamental es realmente acatada. Si suponemos que en México hubiera habido una elaboración de normas constitucionales siempre de acuerdo con una Constitución anterior, tendremos que decir que la Constitución vigente obliga porque fue elaborada conforme a la Constitución anterior, hasta llegar a la primera del México independiente, y que ésta obligó porque encontró facticidad en la conducta de los mexicanos; porque el movimiento de independencia de México fue un hecho que tuvo realidad permanente, no fue una simple insurrección que hubiera sido sofocada por España. De manera que ante este hecho sociológico indiscutible, la primera Constitución de México tuvo vigencia y de allí partimos para explicarnos las siguientes constituciones, hasta llegar a la actual, base de todo el ordenamiento jurídico mexicano y, por lo tanto, de los Códigos Civil y Mercantil y, a través de éstos, al contrato.

2.—*Modificaciones al principio de la obligatoriedad en los contratos. Teoría de la imprevisión.*—Un principio de la magnitud de éste, parece que no debe sufrir ninguna excepción como tampoco debe tolerarla el principio de la obligatoriedad de la ley, ni aún en circunstancias extremas. De aquí la norma que en los Códigos Civiles dispone

que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa ni a nadie aprovecha. En materia de contratos, el principio que consagra la obligatoriedad de los mismos es la base de todo el sistema para derivar un conjunto de consecuencias que se manifiestan a través del principio de exactitud en el cumplimiento de las obligaciones y esta exactitud a su vez presenta cuatro formas: 1a. exactitud en el tiempo, es decir, las obligaciones deben ser cumplidas en el tiempo convenido y a falta de estipulación, la ley suple la voluntad de los contratantes; tratándose de obligaciones civiles de dar, la ley determina que a falta de convenio serán exigibles treinta días después de la interpelación judicial o extrajudicial ante notario o dos testigos; respecto de obligaciones de hacer o no hacer, cuando haya transcurrido el tiempo normalmente necesario para realizar el hecho o la abstención; 2a. exactitud en el espacio, es decir, las obligaciones deben ser cumplidas en el lugar convenido y a falta de estipulación, la ley estatuye como principio general que serán cumplidas en el domicilio del deudor. Esta norma sufre excepciones para determinados contratos, por ejemplo, en la compraventa, dado que en ésta cuando no se estipula el lugar del cumplimiento, el vendedor deberá entregar la cosa en el lugar en donde se encuentre y no en su domicilio; 3a. exactitud en la sustancia, es decir, el deudor debe pagar en la especie convenida y si no se determinó individualmente la especie, deberá pagar, según la ley, con cosas de mediana calidad; 4a. exactitud en el modo de ejecutar el pago, es decir, el deudor debe pagar totalmente, el acreedor no está obligado a recibir pagos parciales a no ser que así se hubiese convenido expresamente.

Pues bien, estas distintas formas de la exactitud en el cumplimiento de las obligaciones son consecuencias estrictas del principio de la obligatoriedad en los contratos. No obstante la trascendencia de este principio dado que de él depende todo el régimen contractual, la heteronomía de la norma misma, su coercibilidad, su posibilidad por lo tanto de hacerse cumplir coactivamente, etc., se tolera una excepción de carácter general cuando causas extraordinarias vengan a modificar sensiblemente la situación económica reinante, siempre y cuando hayan sido imposibles de prever. Cumplidos todos estos requisitos, existe un fundamento de equidad y de buena fe para que se flexione el principio de la obligatoriedad y se modifiquen las cláusulas de un contrato, que de ser cumplidas exactamente, traerían consigo la ruina económica del deudor por causas imposibles de prever y de carácter extraordinario.

Se han invocado distintos fundamentos a esta excepción, agrupándolos bajo el nombre de teoría de la imprevisión. Fue en el derecho ca-

nónico en donde tuvo su nacimiento invocándose fundamentalmente la equidad y la buena fe. Se consideró que los contratantes pactan tomando en cuenta situaciones normales, que en atención a esas situaciones adquieren determinados compromisos, que cuando cambian notoriamente las condiciones que se tuvieron en cuenta por causas generalmente imposibles de prever y que afectan a toda la economía de una colectividad, como sucede con las crisis económicas o con las guerras, etc., es de justicia que ya el principio de obligatoriedad no funcione, sino que se modifique en razón de la equidad, porque de cumplirse estrictamente originaría la ruina del deudor. Puede darse el caso de una imposibilidad absoluta de cumplimiento, pero en este caso el deudor queda liberado, porque a lo imposible nadie está obligado; por ejemplo, que por virtud de una guerra el deudor quede físicamente imposibilitado de poder cumplir, digamos, el comerciante imposibilitado para poder fabricar determinados productos o poder transportarlos a determinado lugar ante un bloqueo o interrupción permanente de las comunicaciones. En este caso no necesitamos recurrir a la teoría de la imprevisión, el obligado queda amparado por aquel principio. Pero la teoría de la imprevisión funciona cuando siendo posible el cumplimiento, origina la ruina del deudor, dado que para satisfacer la prestación tiene que hacer un sacrificio patrimonial desproporcionado en relación con el que hubiere hecho en situaciones normales; por ejemplo, por virtud de la guerra determinados materiales alcanzan precios de diez o veinte veces su valor normal. El deudor económicamente podría adquirirlos y satisfacer la prestación, pero esto traería consigo su ruina económica. Si se trata de una compañía solvente, de grandes recursos, no queda imposibilitada físicamente para cumplir, puede, por ejemplo, durante la guerra cumplir un contrato de suministro de artefactos de hule que adquieren un valor tres, cuatro o cinco veces superior al normal. Se considera entonces que la norma contractual, como la norma legal, obliga tomando en cuenta condiciones normales, que así como estas grandes crisis permiten el incumplimiento de ciertas leyes u obligan al legislador a modificarlas para que se adapten a las circunstancias del momento, de la misma suerte en los contratos, el acreedor no debe exigir el cumplimiento exacto en la sustancia, quizá tampoco el cumplimiento exacto en cuanto al tiempo o lugar; pero se requiere que el deudor no haya podido prevever esos grandes trastornos y que sin incurrir, por consiguiente, en falta de previsión, se vea imposibilitado económicamente de cumplir.

Independientemente de este principio de estricta equidad, se han invocado también fundamentos legales, pues no obstante que el artículo declara que los contratos legalmente celebrados deben ser exactamente cumplidos, existen también en la ley otras normas que vienen a reconocer la buena fe en el cumplimiento de los contratos; ya el fundamento no es de derecho natural, sino de derecho positivo. En este sentido, por ejemplo, Demogue, Bonnecase y Ripert, se han empeñado en sostener que de acuerdo con el Código Napoleón, la equidad y la buena fe están consagradas como normas que rigen tanto la celebración como el cumplimiento de los contratos; invocan al efecto el principio que dispone que los contratos no sólo obligan a lo expresamente pactado, sino a todas aquellas consecuencias que se derivan de la buena fe, de la equidad, del uso y de la ley. Además, por nuestra parte creemos que se puede recurrir a los principios generales del derecho, tales como los que dicen que nadie puede enriquecerse a costa de otro, los que norman en materia de accesión la equidad misma, para evitar que el dueño de la cosa principal pueda adueñarse de la accesoria, sin una compensación, los que declaran que la lesión en los contratos origina la nulidad, por cuanto que la ley prohibe la explotación injustificada de un contratante por el otro que se aprovecha de su miseria, ignorancia o inexperiencia, etc., etc. Todos estos fundamentos legales forman todo un sistema de equidad en la celebración y cumplimiento de los contratos.

Ripert, que constantemente está buscando la influencia de la moral en el derecho y, especialmente, en las obligaciones y contratos, encuentra aquí un campo propicio para sostener su punto de vista. Estima que justamente la teoría de la imprevisión debe ser aceptada porque tiene un fundamento ético de primer orden, por esto el derecho canónico la reconoció, no obstante que desde un punto de vista estricto, el principio de obligatoriedad es de un rango superior, pero el propio Ripert considera que deben ser causas extremas, imposibles de prever por el deudor, que alteran la situación normal y que económicamente lo imposibilitan para cumplir.

Justificado el principio de la teoría de la imprevisión, el problema de la técnica jurídica consistirá en determinar en qué forma debe funcionar, bien sea para modificar el contrato u operar la rescisión del mismo; bien para aplazar su cumplimiento hasta condiciones normales, o en su caso para facultar al juez para que discrecionalmente decrete las compensaciones que juzgue equitativas. En este sentido podemos distinguir en la doctrina francesa la tendencia a que haya sólo modificación por el juez, cuando las partes no se ponen de acuerdo, bien sea conce-

diendo términos de gracia que expresamente el Código francés admite en determinadas circunstancias, es decir, aplazando el cumplimiento de las obligaciones para que en fecha posterior puedan ser cumplidas, sin grave perjuicio económico del deudor, o modificando la cantidad de las mismas al reducirlas con un criterio de equidad.

La doctrina alemana, más práctica y, sobre todo, buscando un fin de seguridad jurídica, considera que dejar al juez la facultad de modificar la cuantía de las obligaciones es muy peligroso.

"1. Por de pronto se intentó, cuando se trataba de contratos de suministro concertados por largo plazo, evitar al deudor la prestación material, desenvolviéndose al efecto el concepto de la imposibilidad económica y equiparando ésta a la imposibilidad material. En lugar de semejante amplificación del concepto de imposibilidad, Krukmann pretendía auxiliar al deudor con una excepción derivada de su interés contrapuesto. En virtud de su ejercicio, el deudor que, por consecuencia de los trastornos económicos, tropezase con dificultades excesivas podía, invocando el art. 242 del C. c., sustraerse a la necesidad de tener que cumplir".

"2. Posteriormente se advirtió que la doctrina de la imposibilidad no daba satisfacción plena a las dificultades del deber de prestación suscitadas, especialmente, como consecuencia de la desvalorización del dinero. Se enfiló el problema por el lado de la contraprestación, o sea en el aspecto pecuniario, desarrollándose la necesidad de la revalorización. Al deudor obligado a prestar se le otorgó, por razón de una alteración extraordinaria del valor de la contraprestación calculada y expresada en moneda desvalorizada y por razón de la ruptura plena de la igualdad (equivalencia) de las prestaciones recíprocas presupuesta al concluirse el contrato, el derecho a exigir la elevación de la contraprestación o a resolver el contrato si la otra parte se negaba a la revalorización".

"3. La idea de la equivalencia condujo, en definitiva, al reconocimiento de un derecho de resolución por causa de alteración de las circunstancias. Este derecho se fundamentó, en parte, en la antigua doctrina de la cláusula rebus sic stantibus y, en parte, en la doctrina de la presuposición de Windscheid. Se señaló la posibilidad de convenir la cláusula tácitamente (art. 157 C. c.) y se intentó derivarla del art. 242 (buena fe). Correlativamente el Tribunal del Reich reconoció, en numerosas decisiones, un derecho de resolución cuando, por consecuencia de las alteraciones esenciales de la situación económica, producidas por la guerra o por la revolución, la prestación se hubiera convertido, desde el punto de vista económico, en otra completamente distinta de la que originariamente pensaron y quisieron las partes, de suerte que al forzar al cumplimiento resultase contrario a la buena fe. Ennecerus defendió esta fórmula en la edición anterior (art. 264 a)".

"4. En un nuevo estadio de la evolución, el derecho de resolución por alteración de las circunstancias fue fundado también en la desaparición de la base del negocio. Por base del negocio a estos efectos se han de entender las representaciones de los interesados, al tiempo de la conclusión del contrato, sobre la existencia de ciertas circunstancias básicas para su decisión, en el caso de que estas representaciones no hayan sido conocidas meramente, sino constituidas, por ambas partes, en base del contrato, como, por ejemplo, la igualdad del valor, en prin-

cipio, de prestación y contraprestación en los contratos bilaterales (equivalencia), la permanencia aproximada del precio convenido, la posibilidad de reponer la provisión de las mercancías y otras circunstancias semejantes. La fundamentación que se apoya en el defecto de la base del negocio, hace posible satisfacer la necesidad de un derecho de resolución no sólo en los casos en que las bases económicas del negocio han desaparecido en virtud de una alteración posterior de las circunstancias, sino también en aquellos en que de antemano esas bases no existían. Se trata de configurar este caso como el de error sobre la base fija de la transacción (art. 779)". (Ennecerus, ob. cit., t. II, págs. 208 y 209).

En una jurisprudencia posterior el Tribunal del Reich ha considerado que el fundamento más serio de la teoría de la imprevisión, es el considerar que cuando se alteran notablemente las circunstancias que se tomaron en cuenta en el momento de la celebración del contrato, en realidad puede afirmarse *que ha desaparecido la base del negocio.*

"Recientemente el Tribunal del Reich, en una serie de casos, ha fundado el derecho de resolución, por alteración de las circunstancias, *en la desaparición de la base del negocio* (así especialmente RGE 103, 329; 106, 9; RG Warn 23 y 24 Nº 140 pág. 167 y JurW 25 pág. 243 No. 29 in fine). De igual modo, ha empleado el defecto de la base del negocio para deducir del mismo un derecho de resolución cuando una circunstancia, puesta como base por ambas partes, no existiera ya al concluirse el contrato y, por cierto, en un caso en que era improcedente la impugnación por error por tratarse de un mero error en los motivos (RGE 108, 109)".

"En vista de esta serie de intentos de derecho de resolución, difícilmente puede negarse que esta jurisprudencia sirve a una necesidad práctica que no cabe desatender. Más difícil es el problema del cuál es la fundamentación preferible. En el fondo, todas ellas tienen por base el mismo sopesar de los intereses (en tal sentido exactamente Heck pág. 95). Por esto mismo, si se manejan debidamente todos esos medios tienen que llevar a resultados esencialmente iguales. El derecho de resolución se justifica, en última instancia, por los principios de la buena fe (art. 242) que prohiben las reclamaciones no exigibles al deudor. En cuanto a la medida de lo exigible tienen una importación decisiva el contenido del contrato y las bases del mismo (art. 157). Por esto me parece preferible fundamentar el derecho de resolución en la desaparición o defecto de la base del negocio, sobre todo en cuanto permite que también se tenga debidamente en cuenta el defecto ab origine de una circunstancia básica. La excepción derivada del propio interés contrapuesto no es recomendable en modo alguno, porque no conduce en ningún caso a despejar definitivamente las relaciones jurídicas de las partes. Ahora bien, no se ha llegado todavía a un acuerdo completo sobre la más precisa fundamentación y delimitación del derecho de resolución por causa de defecto de la base del negocio. La cuestión sigue siendo una cuestión palpitante"

"La fórmula de Oertmann es demasiado amplia, ya que su autor considera suficiente que la parte contraria reconociese como importantes, sin contradecirlas, las representaciones de la otra parte sobre la existencia, presente o futura, de ciertas circunstancias consideradas básicas. La fórmula de Loches representa un pro-

greso, por cuanto estima como base del negocio las circunstancias indispensables para la consecución del fin del negocio con los medios del mismo, o sea por cuanto parte de la importancia objetiva de las circunstancias como medio para el logro de la finalidad del contrato. En mi opinión, una fórmula general sostenible tiene que intentar la combinación de los factores subjetivos y objetivos y partir de si la parte contraria, procediendo de buena fe y en atención al fin del contrato, hubiese admitido que el contrato se hubiese hecho depender de la circunstancia en cuestión, o bien, de buena fe, hubiese tenido que admitirlo, si al concluirse el contrato se hubiera tenido presente la inseguridad de la circunstancia". (Ennecerus, ob. cit., t. II, v. I, págs. 209 y 210).

En el derecho mexicano, Borja Soriano sostiene al tratar de la teoría de la imprevisión, que no tenemos los fundamentos que invoca Bonnecase para sostener en el derecho francés la modificación de los contratos en términos de equidad y, por lo tanto, para que el juez esté capacitado jurídicamente para modificar un contrato. Estima que en el derecho mexicano el juez debe respetar el principio de obligatoriedad, si las partes no se ponen de acuerdo en la modificación.

"Reconocimiento de la noción de imprevisión por Bonnecase. Este autor, en el citado Suplemento, considera que el Código Civil francés no admite la noción de imprevisión con sus consecuencias ni de una manera directa ni por vía indirecta o implícita al amparo de ciertos textos (t. III, Nº 310). Propone como solución del problema de la imprevisión la siguiente: "Consideramos que la noción de imprevisión está admitida por el derecho civil actualmente en vigor... al amparo del papel permanente de la noción de derecho en el desarrollo del derecho positivo. Estimamos, además, que lejos de ponerse en pugna con los textos del Código Civil, esta solución se concilia con las directivas generales que se desprenden de ellos" (t. III, Nº 314). A continuación examina las aplicaciones de la noción de imprevisión en los artículos 1244 y 565 del Código Civil francés; el primero da al Juez la facultad de conceder al deudor plazos para el pago y el segundo proclama que el derecho de accesión cuando tiene por objeto dos cosas muebles que pertenecen a dos dueños diferentes, está enteramente subordinado a los principios de la equidad natural (t. III, Nº 314 y 315). Ninguno de estos artículos tiene concordante en nuestros códigos civiles. Después el autor se refiere al artículo 1135 del Código francés, según el cual los convenios obligan a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación según su naturaleza (t. III, Nº 315); los artículos concordantes de nuestros códigos, según hemos visto en el número 489 de ete libro, no contienen la palabra equidad. En vista de las observaciones hechas, no podemos razonar en derecho mexicano, como lo hace Bonnecase en derecho francés".

"Conclusión. En vista de las críticas hechas a las consideraciones en que descansa la teoría de la imprevisión y de que, especialmente, los artículos del Código francés en que puede apoyarse esa noción, no han sido adoptados por nuestros códigos, creo que no hay razones bastantes para poder afirmar que esa teoría se encuentra implícita en derecho civil mexicano. Por excepción ha sido acogida por

el nuevo Código Civil del Estado de Jalisco en los términos de sus artículos 1771 y 1772". (Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones, t. I, págs. 415 a 417).

De acuerdo con lo antes transcrito, estima Borja Soriano que ni tenemos el principio de equidad en materia de contratos, respecto a su celebración, cumplimiento e interpretación, ni existe tampoco el principio de equidad por lo que se refiere a la accesión, ni hay precepto alguno que permita al juez conceder términos de gracia. Estas tres bases que considera Bonnecase, al desaparecer, según Borja Soriano, nos obligan a concluir en el sentido de que en el derecho mexicano no debe aceptarse la teoría de la imprevisión. Por nuestra parte pensamos que existen los tres fundamentos que afirma Bonnecase, que textualmente están reconocidos en el Código Civil y Procesal Civil, y principalmente, en todo el sistema de contratos, que reconoce el principio de equidad y buena fe en la celebración, en la vigencia, en el cumplimiento y en la interpretación de los mismos. Desde luego, existe el precepto básico: *Los contratos no solamente obligan a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que se derivan de la buena fe, del uso o de la ley.* Expresamente en el Código Civil, se hace la aplicación de este principio de equidad que está reconocido en distintas normas, para la interpretación de los contratos. En su oportunidad, comprobaremos que la interpretación de los contratos, que en nuestro Código no es sino una repetición de las reglas del Código Civil español, es equidad pura, buena fe como norma no sólo para las partes, sino para el juez. Además, está regulada la accesión exactamente como lo quiere Bonnecase, aplicando el principio de enriquecimiento sin causa, a no ser que haya mala fe en el dueño de la cosa accesoria. Pero todavía más, está consagrado este principio como norma general en el enriquecimiento sin causa, artículo 1882 del Código Civil, que constituye una fuente autónoma de obligaciones y en el capítulo preliminar del Código Civil hay una regla de equidad indiscutible para el juez; si éste no puede resolver el caso ante una laguna de la ley, procederá con equidad tratando de evitar un lucro indebido o un gravamen innecesario. Especialmente se previene que ante la falta de norma, el juez tiene que resolver el caso procurando la mayor reciprocidad en las operaciones onerosas, y evitando un perjuicio para aquel que procura una liberalidad. Este es un principio básico del Código Civil que se ha querido consagrar precisamente en el capítulo preliminar, para reconocer la equidad ante las lagunas de la ley. Dice al efecto el artículo 20 del Código vigente: "Cuando haya conflicto de derechos, a

falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados".

Por lo que toca a que no tenemos términos de gracia, el Código Procesal Civil dice que cuando el demandado confiesa la demanda, el juez está obligado a conceder términos de gracia (Art. 404 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal). Ahora bien, si el deudor goza de un término de gracia cuando confiesa la demanda, a mayoría de razón debe tener un término de gracia ante circunstancias extremas que le imposibiliten cumplir puntualmente.

Por último, tenemos el precepto que declara la nulidad de todos los contratos cuando haya lesión, es decir, no sólo nos concretamos como en el derecho francés, a la compraventa; en el derecho mexicano, todo contrato conmunativo se nulifica por lesión, es decir, cuando hay una desproporción enorme entre las prestaciones, debido a que una parte abusa de la ignorancia, miseria o inexperiencia de la otra y obtiene un lucro indebido y excesivo con la obligación que asuma.

Podemos concluir que también en nuestro derecho hay todo ese conjunto de datos para fundamentar la facultad del juez a efecto de que pueda modificar, en términos de equidad, un contrato cuyo cumplimiento exacto traería consigo la ruina del deudor. Problema distinto es que en México se hayan querido resolver estas cuestiones de la imprevisión, no facultando a los jueces para los casos concretos, sino dando leyes de emergencia especiales, como por ejemplo las leyes del moratorio para suspender el cumplimiento de las obligaciones como consecuencia de la crisis económica que vino después de la revolución; o las leyes monetarias que han evitado a través de un principio general, que los deudores tengan que pagar en la especie convenida, motivadas también, por los trastornos políticos y económicos de México. Si los deudores tuviesen que pagar en las monedas convenidas tendrían en ocasiones de crisis un gran perjuicio y a base de una ley general, desde 1905, se dispuso que el pago se hará siempre en la moneda circulante. Las leyes de emergencia demuestran también el mismo hecho en la actualidad.

Se ha alcanzado este otro aspecto de la teoría de la imprevisión sin necesidad de que los jueces tengan que resolver de acuerdo con el criterio de equidad. Pero, en aquellos casos no previstos, por ejemplo, complicaciones por el tipo de dólar para los deudores que se obligaron a pagar, calculando al tipo de 12.50 y que en la actualidad tengan que pagar al tipo de 1,512, permitirán al juez resolver con equidad, siempre

y cuando el deudor no haya incurrido en mora. *Con estas restricciones podemos aceptar en México la teoría de la imprevisión.*

3.—*Interpretación de la norma contractual.*—El problema de la interpretación de los contratos lo podemos plantear desde los dos puntos de vista que en un principio indicamos para el estudio del contrato. Es decir, podemos interpretar el contrato como acto jurídico o como norma jurídica. La interpretación del contrato como acto jurídico se concreta, exclusivamente, a dicho acto, aislándolo del sistema jurídico, para referirlo a sus cláusulas, a sus términos y para operar dentro de ellos, a efecto de fijar su alcance, su sentido o significación. En cambio la interpretación del contrato como norma, sitúa a ésta, dentro del ordenamiento jurídico para poder determinar su sentido no sólo en función directa de sus términos, de sus cláusulas, sino relacionándola con todo el ordenamiento jurídico al cual pertenece y, sobre todo, acudiendo a ese ordenamiento para poder definir su sentido. Evidentemente que este segundo tipo de interpretación es más rico en resultados, porque considera al contrato como un producto de un sistema en el cual vive y establece las relaciones entre el contrato y la ley, para acudir a ésta a efecto de esclarecer los términos dudosos de una convención y, sobre todo, para poder suplir ciertas omisiones que de acuerdo con los términos estrictos del contrato no tendrían solución jurídica. Habría una verdadera laguna que por la insuficiencia de reglas dentro del propio contrato no sería posible colmar, pero incrustándolo en el orden que le corresponde en la pirámide jurídica, para acudir al sistema inmediatamente superior o sea, al conjunto de normas jurídicas generales, si cabe integrar aquel vacío, colmar aquella laguna. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la interpretación de un contrato no puede hacerse desvinculándolo del sistema al cual pertenece, y esto porque sólo caben dos grandes posibilidades en teoría para interpretar a la norma contractual. La primera considera que ante una cláusula dudosa debe prevalecer la intención de los contratantes y, la segunda, afirma que no debe prevalecer la intención, sino los términos empleados, aun cuando éstos resulten contrarios a la intención. Es decir, el primer sistema es subjetivo y el segundo es objetivo. Ahora bien, el criterio subjetivo u objetivo no depende propiamente del contrato, de sus demás cláusulas, de sus términos, sino del ordenamiento jurídico al cual pertenece el contrato. Si es de tipo individualista, la lógica de este sistema nos dice que el contrato debe interpretarse atendiendo a la intención de los contratantes y no a los términos que en forma dudosa, equívoca o

inexacta, hubiesen empleado. En cambio, si es un sistema de intervencionismo de Estado, de socialismo, o que, imponga restricciones al principio de la autonomía de la voluntad, el contrato se interpretará en los términos declarados, aun cuando no correspondan a la intención de las partes y es que la lógica de este segundo sistema así lo exige, porque todo ordenamiento jurídico que deja a un lado el principio de la autonomía de la voluntad para imponer en los contratos determinadas obligaciones, para restringir esa libertad de los contratantes y para en alguna forma hacer prevalecer la voluntad del Estado, sobre la de las partes, tiene como base ésta: no es la intención la que nos va a dar el significado y alcance de las cláusulas de un contrato, sino los términos que se han empleado, que determinan una seguridad objetiva y que la ley debe amparar, no por interés de los contratantes, sino de los terceros que pueden vincularse a un contrato, que pueden adquirir derechos fundándose en sus términos preferentemente. Es decir, por la seguridad dinámica que se protege en un sistema que no es individualista. Por el contrario, el sistema de tipo individualista protege la seguridad estática, es decir, los intereses de las partes contratantes; no le importan los intereses de los terceros que pudieran adquirir derechos fundados en los términos literales de un contrato, y este desmedido amparo al interés individual de las partes que origina el principio de que fundamentalmente el contrato se interprete por la intención que se pueda averiguar, según las pruebas que se aporten y no por los términos literales de la norma contractual. Es así que los Códigos de tipo individualista han declarado que las cláusulas dudosas en los contratos deben definirse tomando en cuenta la intención de las partes. Tal es, por ejemplo, el Código Civil francés que así lo declara expresamente. En el Código Civil español también se considera que prevalece la intención de las partes.

En nuestros Códigos se presenta el siguiente fenómeno curioso y contradictorio. El Código en vigor acepta la teoría subjetiva o de la voluntad interna que corresponde a un sistema individualista; en cambio, el Código de 1884, siguiendo al portugués, aceptó la teoría objetiva que también se le llamaba voluntad declarada, que pertenece a un sistema socialista o de intervencionismo de Estado. Ahora bien, evidentemente que si comparamos el Código en vigor con el Código de 1884, podremos comprobar que éste era individualista y aquél, como lo declara la exposición de motivos del proyecto que le sirvió de base para su redacción definitiva, es de tipo socialista, en el sentido de tomar en cuenta fundamentalmente los intereses colectivos sobre los individuales y de no dar ya un apoyo decidido a la autonomía de la voluntad, impo-

niendo cláusulas irrenunciables. Pues bien, en materia de interpretación, nuestro Código individualista de 1884, por seguir al portugués, aceptó un sistema de tipo socialista y el Código Civil vigente, de tipo socialista, por seguir en este Capítulo al Código Civil español y al francés, consagra un régimen notoriamente individualista que no guarda armonía con el resto del sistema. Dice, por ejemplo, la norma básica en este punto que es la que lo define como un Código que acepta íntegramente la teoría de la voluntad interna: Art. 1851 "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

Cuando prevalece la intención evidente de los contratantes sobre las palabras empleadas en un contrato, si estos términos no están en consonancia con esa intención, quiere decir que se protegen exclusivamente intereses de las partes contratantes. En este sentido explica Saleilles que un contrato ya firmado tiene vida independiente, es algo así como un documento de crédito que circula, que va creando expectativas en el público, que va fincando intereses de terceros y estos terceros que por algún motivo se relacionan con los contratantes y que consultan el texto literal del contrato, no pueden saber cuál fue la intención, se tienen que atener a lo que leen, a la voluntad declarada. Por lo tanto, un sistema de tipo socialista debe preocuparse porque esa voluntad declarada que va fincando esperanzas, expectativas, intereses de terceros, no resulte después nulificada por una disposición judicial en que se diga: no obstante lo declarado, la intención de los contratantes que se desprende de la prueba de testigos, de la de confesión y de otros documentos, fue contraria al citado texto y, en consecuencia, no se acepta esa declaración, desconociendo todos aquellos intereses que se habían fincado respecto de terceros y sobre los términos literales de un contrato. Por esto, en la doctrina moderna se ha aceptado que la voluntad declarada sea la que en definitiva nos dé el alcance de las obligaciones, protegiendo la seguridad dinámica y no la seguridad estática que se refiere sólo a las partes. Olvidar este principio y olvidar cómo explica Kelsen que la interpretación de los contratos no es una operación aislada para contemplar las cláusulas de los mismos, sino un procedimiento que pone en relación la norma contractual con todo el sistema jurídico, motivó que nuestro legislador de 1928 incrustara dentro de un Código de tipo socialista, un sistema francamente individualista y es así como podemos comprobar la utilidad que tiene el esfuerzo de Kelsen

para que la norma contractual no se interprete aisladamente por sus términos, sino en función del sistema al cual pertenezca.

Así como el legislador no debe elaborar sus leyes contradiciendo los principios fundamentales de la Constitución, rompiendo la unidad que la norma básica imponga, de la misma suerte no debe un Código Civil o Mercantil romper el sistema que ha adoptado en materia de contratos en general, aceptando que la interpretación de los mismos no esté en concordancia con las normas básicas de ese sistema. Por ejemplo, no podría el legislador ordinario regular la propiedad en contradicción con el artículo 27 constitucional. De la misma suerte, no puede admitirse que la norma contractual, que es una norma inferior, rompa la armonía de un sistema en donde no debe prevalecer la voluntad interna, sino la voluntad declarada.

Del análisis que antecede se desprende que ante este problema se sigue el mismo sistema que en la interpretación de la ley, al grado de que coinciden la escuela de la exégesis tanto en la interpretación de la ley al buscar la intención del legislador, como la teoría llamada de la voluntad interna en la interpretación de los contratos, para investigar cuál fue la verdadera intención de las partes ante una cláusula que resulte de dudosa significación. De la misma suerte que se sostiene por la escuela de la exégesis en Francia, que la verdadera interpretación de la ley consiste en investigar la intención del legislador a través de la exposición de motivos, de las polémicas o debates en la discusión de un proyecto de ley, de los pensamientos personales de los distintos legisladores para definir sus puntos de vista, etc., también por lo que se refiere a la interpretación de los contratos, sostiene esta corriente que la voluntad interna se ha de captar no sólo tomando en cuenta las cláusulas de un contrato, sino que el juez se debe constituir en verdadero psicólogo para poder desentrañar cuál fue la intención de las partes según las circunstancias que prevalecieron al discutir el contrato. Y así como en la ley se recurre a la exposición de motivos y a los debates de las cámaras legisladoras, así también en los contratos se recurre a los testigos que pudieron percatarse de las discusiones entre las partes, a la correspondencia cruzada, a las demás circunstancias que se desprendan para poder inferir las condiciones del contrato y los términos en que se celebró. En una palabra, se trata de investigar con elementos extraños al contrato, cuál fue la intención de las partes.

Ahora bien, si ésta ha sido la posición clásica en la interpretación de la ley y de los contratos, la reacción que se formuló por la escuela científica para la interpretación de la ley, tiene también su pa-

ralelo en la reacción que se formuló por la teoría de la "voluntad declarada", para la interpretación de los contratos. Por lo que se refiere a las leyes, la escuela científica consideró que era imposible en primer término poder determinar la intención de un conjunto de legisladores que han venido discutiendo constantemente sobre el alcance de determinados preceptos; que esto obligaría a tomar en cuenta el diario de los debates, la exposición de motivos, para poder adivinar los pensamientos que cada uno de los legisladores tuvieron y quizá no externaron, cuando se votó la ley. Pero aun cuando fuese posible esta labor de inquisición psíquica, resultaría inútil, porque la ley una vez votada tiene un valor independiente de lo que quisieron decir los legisladores, es un texto que regula la conducta y que de manera objetiva tiene vida autónoma y se desprende de la intención de sus autores. Y sería un problema de inseguridad jurídica cambiar el texto de la ley por lo que quisieron decir los legisladores y no lo expresaron correctamente o lo hicieron en forma contradictoria.

En materia de contratos, la teoría de la voluntad declarada, defendida especialmente en Alemania y también en Francia, por Saleilles, considera que el texto de un contrato tiene ya una vida independiente de sus autores, dado que la seguridad jurídica exige que se interprete en los términos en que las partes fijaron sus obligaciones. Tomando en cuenta que la interpretación de un contrato tiene por objeto deslindar responsabilidades y no favorecer reservas mentales, generalmente dolosas, consideramos que el sistema de la voluntad interna es cómplice del dolo, de la mala fe, de la reserva mental, del engaño para terceros, de la inseguridad jurídica y es una fuente inagotable de litigios, porque un contratante podrá fácilmente después eludir el cumplimiento de sus obligaciones alegando que fue otra la intención que tuvo, pues en la redacción de los contratos se emplearían por la parte que proceda de mala fe, términos que contrarían o traicionan su voluntad, para después explotarlos según le convenga.

Ahora bien, este no debe ser el fin de la interpretación de los contratos, sino el de fijar la responsabilidad de las partes, el alcance de sus obligaciones. Por tanto, la manera de hacer este deslindamiento consiste en atenerse a la voluntad declarada, no a la reserva mental.

Aplicando las ideas de René Demogue, con su famosa tesis de la seguridad dinámica y la seguridad estática, podemos resolver el problema considerando que la voluntad interna favorece a la seguridad estática de una de las partes, que generalmente pretende aprovecharse de una reserva mental; en cambio, el sistema de la voluntad declarada vie-

ne a favorecer la seguridad dinámica, porque los terceros fundándose en el texto de determinados contratos, adquieren derechos y obligaciones. Por ejemplo, interpretaremos de acuerdo con ambos sistemas un contrato de adquisición que lleve a cabo una compañía fraccionadora con el exclusivo objeto de lotificar el terreno y venderlo a múltiples compradores. Desde el punto de vista de la voluntad interna, si ese contrato tuviese que interpretarse no por sus términos declarados sino por la intención de la compañía compradora y del vendedor, se prescindiría de los intereses de los terceros que a su vez compraron a la compañía fraccionadora. Posteriormente, podrá resultar que por una voluntad no expresada, aquel contrato no le da a la compañía fraccionadora todo el conjunto de derechos que resultan de su texto; los terceros adquirentes de buena fe no pueden conocer esa reserva mental o esa intención recóndita de las partes, no expresada; ellos se sometieron al contrato de adquisición de la compañía fraccionadora y, si a su vez, estos adquirentes entraron en posibles operaciones, por ejemplo, para la construcción de sus casas y si celebraron hipotecas y contratos de obra, en el fondo esta serie de operaciones va a descansar, según la teoría de la voluntad interna, en la interpretación que se quiera dar, según la intención de las partes, al contrato de adquisición y que los terceros no pudieron conocer. En cambio, según la teoría de la voluntad declarada, aquel contrato tiene vida independiente de sus autores, es la base para que se originen múltiples relaciones jurídicas con terceros; la seguridad dinámica exige que sea interpretado de acuerdo con su texto, no con elementos extraños a él. Claro está que estamos ante un problema de interpretación; tanto en la teoría de la voluntad interna como en la teoría de la voluntad declarada, se parte de la hipótesis de que sus cláusulas no resuelven por sí solas el problema; que hay una duda en cuanto al alcance del mismo y, por lo tanto, respecto a los derechos y obligaciones que se desprenden para ambas partes. Pero en la voluntad interna, se permite que por elementos extraños al contrato, por ejemplo, correspondencia cruzada entre las partes, que los terceros no pudieron conocer, se fije la intención que puede resultar perjudicial para aquél que después adquirió derechos, basándose en la interpretación literal y no la que resulte de la intención que tuvieron los contratantes, según la correspondencia cruzada entre los mismos.

Para René Demogue, cuando hay conflicto entre la seguridad dinámica y la seguridad estática, debe prevalecer la primera. Es decir, en el caso concreto, la interpretación tendría que hacerse no acudiendo a elementos extraños, como lo pretende la teoría de la voluntad interna,

sino sometiéndose al texto del contrato, completándolo con sus propias cláusulas, para que no existan contradicciones, para que el contrato sea un todo coherente; para que las cláusulas sean interpretadas en el sentido de que produzcan efectos y no en el de que no los produzcan, pero siempre dentro del tenor literal, que es la voluntad declarada, para no perjudicar los derechos de terceros que han fincado todos sus intereses en esa voluntad. Cuando no hay conflicto con terceros, es decir, cuando sólo está frente a frente el interés de las partes, sin ulteriores consecuencias, nosotros opinamos que entonces la interpretación de la norma contractual sí debe hacerse según la intención de las partes, porque el contrato permite crear derechos y obligaciones de acuerdo con esa intención. No se lesionan intereses de terceros, es decir, no hay la seguridad dinámica en conflicto con la seguridad estática. El elemento más fiel de interpretación, entonces, debe ser el texto del contrato, relacionado con sus antecedentes, con su discusión ante testigos o con la correspondencia. El juez tendrá, por consiguiente que tomar en cuenta si el problema de interpretación de un contrato sólo tiene por objeto deslindar responsabilidades entre las partes, o bien si esa interpretación viene a afectar derechos de terceros; por ejemplo; un contrato de sociedad cuyo texto puede originar dudas, no sólo afecta los intereses de los socios, porque la sociedad como entidad jurídica comienza a relacionarse con terceros, celebra operaciones y si se apoya la interpretación en el texto del contrato, en relación con la intención de las partes, proporcionada por una prueba de testigos o por una prueba documental, se olvidarán los intereses de los terceros contratantes que tomando en cuenta los términos del contrato social, han adquirido derechos y obligaciones. En otros casos, por ejemplo, en la interpretación de un contrato de arrendamiento, es evidente que sólo se afectan los intereses de arrendador y arrendatario y aquí la seguridad estática sí debe fundarse en la verdadera intención de las partes, pero incluso podemos suponer que esos casos simples en que sólo se ligan las partes, pueden ser la base para futuras transacciones con terceros; por ejemplo, el arrendatario de un establecimiento mercantil que aporta a una sociedad sus derechos de arrendatario según su texto literal. No se van a investigar los antecedentes del contrato para fijar la intención de las partes; si posteriormente hay un conflicto, los socios que se ligaron con aquel arrendatario dados los términos de su contrato, no deben resultar perjudicados porque esos términos literales resulten alterados o desvirtuados por una intención que sólo consta verbalmente por las discusiones de las partes, que fueron captadas por testigos. Se ve, por consiguiente,

cómo incluso aquellas normas contractuales de menor alcance, no pueden ser la base para perjudicar derechos de terceros.

El Código Civil, al darnos las normas de interpretación de los contratos, se adhiere al sistema de la voluntad interna y en esto difiere radicalmente del Código Civil de 1884. El principio fundamental del artículo 1851, dice: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. *Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas*". Exactamente la misma interpretación de la escuela exegética: "Si la ley es clara, se estará al sentido literal de su texto. Si sus términos parecieren contrarios a la intención del legislador, prevalecerá ésta sobre aquéllos". En el artículo 1857 se decreta la nulidad del contrato cuando fuere imposible poder determinar la intención de las partes. Hasta ese grado se llega: El contrato será nulo si no puede llegarse a determinar la intención de las partes, porque se carezca de pruebas que vengan a dar luz sobre esa intención, no obstante los términos empleados.

En cambio, el Código de 1884 siguiendo al portugués, aceptó la teoría de la voluntad declarada, pero por su redacción un tanto confusa da la impresión, en la primera lectura, de que también acepta la teoría de la voluntad interna. Sin embargo dice el Código anterior que cuando por los términos de un contrato no pueda determinarse cuál fue la voluntad de las partes, el contrato será nulo. Nótese que dice: *"Si por los términos de un contrato..."; es decir, si ateniéndonos exclusivamente al texto literal no puede desprenderse del mismo cuál es la intención,* entonces claro está que el contrato será nulo, porque no hay voluntad que pueda surtir efectos jurídicos; pero no admitía el Código de 1884 recurrir a elementos extraños de interpretación: el juez por ejemplo, no podía recurrir, ante la falta de un texto para resolver la duda, a la declaración de testigos, a la correspondencia cruzada entre las partes. En cambio, el Código vigente estatuye que si de las cláusulas no se puede averiguar la intención, se admitirán los elementos extraños; y sólo que de éstos tampoco se puede averiguar la intención, se declarará nulo; es decir, se admiten elementos secundarios y se resuelve por equidad.

En los contratos gratuitos se tratará de evitar que exista lucro y en los contratos onerosos se procurará que exista la mayor reciprocidad posible entre las partes. Adviértase cómo el Código vigente no se limita sólo a la voluntad interna, sino que acude, ante la duda, a elementos ajenos a esa voluntad. Antes procura desentrañar la intención de

las partes a base de reglas lógicas que también acepta la teoría de la voluntad declarada, porque estas reglas generalmente se fundan en el texto mismo del contrato. Dice, por ejemplo, el artículo 1852: "Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar". El artículo es aplicable a la voluntad declarada porque se refiere a los términos de un contrato. Art. 1853: "Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efectos". También es aplicable a la voluntad declarada porque está operando sobre términos expresos de un contrato. Art. 1854: "Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas". Lo mismo que sostiene la voluntad declarada, al decir que la voluntad es un todo coherente. Art. 1855: "Las palabras que puedan tener distintas acepciones, serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato". Vuelve el problema de la interpretación a referirse a la voluntad declarada, a las palabras usadas en la redacción de un contrato. Por último, el Art. 1856 admite un elemento moderador de los abusos a que podrá llegar la voluntad interna que acepta el Código: "El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos". Uso y costumbre son elementos objetivos que sirven de freno a las reservas mentales, de aquí que el juez tendrá que moderar ese abuso de las partes relacionando el contrato con el uso o costumbre del país.

4.—*Integración de la norma contractual.*—Así como en el derecho se presenta el problema de la integración de la ley ante las lagunas de la misma, también en el contrato tenemos el problema especial de integración de la norma contractual cuando por las estipulaciones de las partes no sea posible solucionar un determinado caso. Sin embargo, el problema de la integración del contrato tiene un aspecto esencialmente distinto al de integración de la ley, en virtud de que se tienen mayores elementos para poder colmar la laguna existente en un contrato. Tratándose de las leyes, cuando existe una laguna, la manera de colmar ese vacío consiste en recurrir a los principios generales del derecho, a las reglas de la equidad, al sistema de la analogía. Y esto porque la norma fundamental que se encuentra en el plano inmediato superior, generalmente no contiene elementos de contenido o materiales que pudieran servir para la integración de la ley. Sólo excepcional-

mente encontramos en algunas constituciones, como la mexicana, que hay artículos como el 27 y el 123 que contienen las materias básicas del derecho agrario y del derecho obrero. También en el artículo 27 constitucional encontramos base para la regulación de la propiedad, pero exceptuando estos preceptos, las normas constitucionales generalmente no tienen como función suplir ciertos vacíos de las leyes, colmar determinadas lagunas. El principio jerárquico de la Constitución respecto de las normas ordinarias no significa que en la misma encontremos disposiciones de contenido que vengan a permitirnos llenar las lagunas. Simplemente tal principio jerárquico implica que las leyes ordinarias deberán elaborarse según los principios constitucionales, y que sólo determinadas materias que la Constitución regule no podrán ser contradichas o reglamentadas en forma diferente por las leyes. Por esto, para colmar las lagunas de la ley, se tiene que acudir, por ejemplo, a las bases que da el artículo 14 constitucional, que alude a los principios generales del derecho, y entre ellos se comprende la equidad y la analogía. *En cambio, cuando un contrato tiene lagunas, la norma legal sí tiene un sistema jurídico superior en donde encontramos una amplísima regulación de contenidos, es decir, de materias.* De manera que las leyes no sólo están, desde el punto de vista jerárquico, sobre las normas contractuales, como ocurre, si comparamos, la situación de la ley con la Constitución, sino que, además, estas leyes que se encuentran colocadas en un plano superior respecto a las normas contractuales, tienen una regulación de materias para suplir la voluntad de las partes, es decir, para estatuir en el caso de silencio de los contratantes qué es lo que deberá determinarse en materia de derechos y de obligaciones. Desde este punto de vista podemos distinguir dos grandes tipos de contratos: los nominados, es decir aquellos que están regulados por los Códigos, y los innominados, que en el derecho moderno sólo significa aquellos que el Código no ha estructurado. Por lo que se refiere a los contratos nominados, la ley contiene para cada tipo una regulación supletoria de la voluntad de los contratantes. Estas leyes denominadas supletorias de la voluntad, justamente tienen por objeto colmar las lagunas, pero sólo estatuyen para el caso de que los contratantes no hubiesen hecho una estipulación en contrario. Se deben distinguir, sin embargo, cláusulas esenciales, cláusulas naturales y cláusulas accidentales en los contratos nominados. Las cláusulas esenciales no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes, se imponen al contrato, porque justamente determinan la esencia de la operación, por ejemplo, las partes no pueden alterar el sistema traslativo de dominio en una compra-

venta, de tal manera que se pacte que existirá compraventa transmitiendo simplemente el uso y no el dominio, o confiriendo la custodia y no transmitiendo la propiedad. Si hubiese una estipulación en tal sentido querrá decir que las partes han dado un nombre impropio al contrato, pero no podrán derogar la esencia del mismo, mediante convenciones contrarias a los elementos esenciales.

En las cláusulas esenciales se comprenden no sólo los elementos constitutivos del contrato, es decir, el consentimiento y el objeto, sino los que resultan de la definición de cada contrato en particular, por ejemplo, no puede alterarse en el arrendamiento la naturaleza propia de esa operación consistente en transmitir el uso y goce de una cosa a cambio de una renta. En este sentido, la regulación contenida en los Códigos no es supletoria de la voluntad de las partes, sino que es imperativa por cuanto que fija la esencia de cada contrato.

Las cláusulas naturales son aquellas que se desprenden de la naturaleza misma de cada contrato, pero que pueden ser derogadas por las partes. Se trata de estipulaciones que la ley sólo contiene para suplir la voluntad de los contratantes, por ejemplo, es una cláusula natural en la compraventa que el vendedor responda de la evicción; es decir, si el comprador es privado de la cosa por virtud de una sentencia ejecutoria, y en razón de un derecho de tercero, anterior a la venta es natural que el vendedor responda restituyendo el precio y los gastos del contrato, más los daños y perjuicios, si hubo mala fe, pero cabe una estipulación en contrario. Puede pactarse que el comprador corra los riesgos de la evicción y que acepte, consciente de esos riesgos, que para el caso de que sea privado de la cosa, no exigirá prestación alguna al vendedor. Se deroga una consecuencia natural del contrato, porque si es traslativo de dominio, es lógico que si el comprador resulta privado de la cosa, el vendedor deba restituir el precio, pero cabe, sin alterar la esencia de la compraventa, esa estipulación en contrario. Por último, las cláusulas accidentales son aquellas que dependen exclusivamente de aspectos concretos en cada operación, que los contratantes regulan libremente, sin que la ley prevea estos aspectos, dado que varían en cada contrato y en cada operación especial. Son ese sinnúmero de cláusulas que sólo dependen de los fines especiales de cada contrato.

Tomando en cuenta estas tres categorías de cláusulas esenciales, naturales y accidentales, podemos decir que en los contratos nominados todo el sistema legislativo viene en auxilio de la voluntad de las partes ante determinadas lagunas.

Ahora bien, tampoco la ley puede ser en este caso un sistema completo y cerrado, hermético, de tal manera que se pueda prever en la regulación de la compraventa, arrendamiento, donación, etc., etc., todo aquello que las partes por omisión no estipulen. El legislador da normas generales que sólo regulan los casos más importantes, los problemas que frecuentemente ocurren. Por lo tanto, hay la posibilidad de que tampoco exista en la regulación especial del Código Civil o del Mercantil la solución del caso concreto, tanto por la omisión de los contratantes, cuanto por la omisión del legislador. Ante este problema todavía tenemos dos normas contenidas en el Código Civil para solucionar equitativamente el caso. La primera es la del artículo 20 que se funda en la equidad, dice así: "Cuando haya conflicto de derechos, a falta de la ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados". La otra norma es el artículo 1857, semejante al artículo 20. La segunda categoría de contratos, o sean los innominados, tiene también un sistema supletorio de la voluntad o sea, ha previsto el legislador una manera de integrar la norma contractual cuando por tratarse de un contrato innominado no exista una regulación expresa en el Código Civil o en el Código de Comercio. Prevé el artículo 1858 que los contratos no regulados en el Código se sujetarán: primero, a las reglas generales sobre los contratos, segundo, a las estipulaciones de las partes y, tercero, a las reglas del contrato con el que tengan más analogía. Dice así: "Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento". De manera que tenemos una jerarquía a base de tres posibilidades para suplir las lagunas en los contratos innominados. Primero, acudir a las reglas generales de todos los contratos que se encuentran contenidas en los artículos 1792 a 1859 y que regulan los elementos esenciales y de validez en los contratos. Respectivamente el Código contiene en esos preceptos: primero, disposiciones generales; segundo, reglas sobre la capacidad; tercero, normas sobre la representación; cuarto, reglas sobre el consentimiento y sus vicios; quinto, preceptos sobre el objeto, motivo y fin de los contratos; sexto, normas sobre la forma en los mismos; séptimo, disposiciones sobre la clasificación de los contratos; octavo, normas, sobre las cláusulas que

puedan estipular las artes; noveno, reglas sobre la interpretación y, décimo, disposiciones generales.

Además de acudir a todo este conjunto que contiene las normas generales de la contratación, tenemos como segundo punto o base para integrar las normas contractuales, las estipulaciones de las partes. Pero debe entenderse en el sentido de que no sólo lo expresamente previsto por las mismas, porque en este caso no habría laguna, sino también habrá que tomar en cuenta todas las cláusulas de un contrato para poder hacer las generalizaciones correspondientes. Es decir, aplicaremos el sistema de la analogía que existe en materia de leyes, operando sobre las cláusulas de un contrato innominado. Si las partes han previsto el caso 1 que tiene las características a), b) y c), y además han previsto el caso 2, que tiene las características a), b), c), y d), y han dado la misma solución, pero no han previsto el caso 3, que tiene las características a), b), c), d) y e), cabe aplicar, entonces la regla que fundada en la misma razón jurídica resuelve los dos casos semejantes que las partes sí regularon expresamente.

Por último el artículo 1858 permite aplicar, en tercer lugar al contrato innominado, las disposiciones de aquel que tenga más analogía, de los reglamentados en el Código. Vuelve el legislador a emplear el procedimiento analógico, para aplicar, *mutatis mutandis*, las formas del contrato más semejante, para cuyo efecto tenemos grandes categorías: contratos traslativos de dominio, de uso, de depósito, de prestación de servicios, de garantía, etc. De manera que habrá que buscar la analogía, primero en cuanto al género, por ejemplo, respecto a las reglas generales para todos los contratos traslativos de dominio o de uso y, después, también relativamente a la especie, según que sea traslativo de dominio oneroso, o traslativo de dominio gratuito y así sucesivamente.

5.—*Principios fundamentales en la vigencia del contrato.*—Comprende esta materia los principios en cuanto al cumplimiento y al incumplimiento de los contratos. La primera parte a su vez la desarrollaremos tratando los siguientes temas: 1) la relación jurídica fundamental y las relaciones jurídicas especiales; 2) el principio de la buena fe y 3) el principio de cooperación.

6.—*La relación jurídica fundamental.*—Para la vigencia del contrato partimos del siguiente principio fundamental: En todo contrato hay una relación jurídica fundante que contiene en potencia todas las relaciones fundadas; la ley, para caracterizar el contrato, determina siem-

pre la relación jurídica fundante, sin ella no podría existir aquél; por ejemplo, en la compraventa, la relación jurídica fundante consiste en la transmisión del dominio de una cosa a cambio de un precio. Esta relación jurídica fundante comprende en potencia un conjunto de relaciones que podrán presentarse o no; ello dependerá de acontecimientos futuros El cumplimiento del contrato, por lo tanto, debe llevarse a cabo de acuerdo con la relación jurídica fundamental y de conformidad con sus consecuencias para las relaciones contingentes que podrán presentarse o no, según los casos. Por ejemplo: dentro de la relación jurídica fundamental en la compraventa, consistente en la transmisión del dominio a cambio de un precio, puede presentarse como relación contingente, la evicción o sea, que el comprador sea privado de la cosa por virtud de una sentencia ejecutoriada y en razón de un derecho de tercero anterior a la venta. Pero ésta es una relación que no necesariamente ocurrirá, excepcionalmente se presentará en las compraventas el caso de evicción, que queda comprendido en la relación fundamental. Si el vendedor debe transmitir el dominio a cambio de un precio, en realidad no puede transmitirlo cuando un tercero es dueño de la cosa; de tal relación jurídica se desprende la consecuencia lógica de que deberá devolver el precio, pagar los gastos del juicio e indemnizar al comprador por todas las mejoras útiles y necesarias que hubiere hecho en la cosa. No se necesita en realidad que los códigos vengan regulando caso por caso, ya está comprendido todo el conjunto de cuestiones jurídicas de la evicción en la relación jurídica fundamental. O bien, la responsabilidad por vicios o defectos ocultos de una cosa enajenada, es consecuencia de la relación fundamental; podrá presentarse o no el caso de que la cosa vendida tenga vicios o defectos, por eso hablamos de una relación contingente. No es esencial en el acto de compraventa que exista responsabilidad por vicios o defectos ocultos, como sí es de su esencia que haya transmisión del dominio a cambio de un precio. Pues bien, si la cosa estuviera viciada, la relación fundamental funciona para el vendedor en cuanto que debe devolver el precio y recoger la cosa viciada, o compensar al comprador disminuyéndole el precio en razón de los vicios; quedará al arbitrio del comprador pedir la rescisión del contrato o la reducción del precio. Volvemos a comprobar que aquí el cumplimiento de esta relación contingente, está contenido en potencia en la relación jurídica fundamental.

Es de gran utilidad este principio, porque en realidad, la regulación de los códigos para todo un conjunto de problemas en cada contrato, no es otra que la determinación de las consecuencias contingentes, aplicando lógicamente el principio contenido en la relación principal;

aquí la sistemática de los códigos no es sino lógica jurídica aplicada de acuerdo con una relación fundamental. Por esto los códigos modernos se distinguen en que no es necesaria la casuística, porque el legislador no podrá comprender todos los casos y es inútil que sólo se refiera a los que ya están sobreentendidos en la relación fundamental. Desprendemos, por consiguiente, esta conclusión: En los contratos, las partes quedan obligadas no sólo al cumplimiento de las relaciones jurídicas derivadas que se presentarán en forma contingente ante determinados supuestos.

7.—*El principio de la buena fe.*—Este principio es de gran valor jurídico y moral. Los contratos no solamente obligan a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que se derivan de la buena fe, del uso, de la equidad y de la ley. Según el principio de la buena fe, la ley regula de dos maneras distintas los contratos bilaterales y los unilaterales. En los contratos bilaterales el principio de la buena fe se manifiesta como reciprocidad y una demostración evidente la tenemos en que las prestaciones deben ser equivalentes; si se rompe la equivalencia, se considera que hay lesión. Ahora bien, la equivalencia no significa, como es evidente, igualdad; toda equivalencia supone que hay un margen de tolerancia que permite desigualdad en los valores de la contratación; si esta desigualdad no existiera, carecería de objeto propiamente el contrato. Si hubiese una igualdad matemática para cambiar cosa por cosa, la permuta perdería todo interés y objeto. Además, como el cambio no se opera sobre objetos iguales, sino que se lleva a cabo entre cosas y dinero, cosas y servicios y cosas de distinta calidad, cabe una desigualdad, pero sin romper el principio de equivalencia y de reciprocidad.

También se aplica el principio de la buena fe en los contratos bilaterales, estatuyendo que si una parte no cumple su obligación, carecerá de derecho para exigir a la otra el cumplimiento; en consecuencia, ésta siempre podrá oponer la excepción de contrato no cumplido. Además, la condición resolutoria tácita existe en todos los contratos bilaterales como consecuencia de la reciprocidad, es decir, de la buena fe. Cuando una de las partes no cumple su obligación en un contrato bilateral, la otra podrá exigir la rescisión o su cumplimiento, según le conviniere. También tenemos aplicada la buena fe bajo la forma de reciprocidad en la interpretación de los contratos. Ya sobre el particular mostramos cómo las distintas reglas del Código no hacen otra cosa que fundarse en la equidad, es decir, en la buena fe, para poder interpretar los contratos.

La otra categoría referente a los contratos unilaterales, tiene que regirse por la buena fe, pero en forma distinta. Aquí ya no cabe la re-

ciprocidad y entonces el legislador regula esta manifestación a través del principio de gratitud, sobre todo en las donaciones, sancionando el hecho ilícito. Por ejemplo: las donaciones se revocan por ingratitud del donatario que tiene la obligación de auxiliar al donante cuando se encuentre en estado de pobreza. También las donaciones, como actos gratuitos, se revocan cuando el donatario comete un delito contra el donante. Aquí se entiende el deber de gratitud, fundado en la buena fe, en el hecho de que el donatario no debe cometer delito contra el donante; si lo comete, se revoca la donación.

8.—*Principio de cooperación.*—Este principio es fundamental en todo el régimen de los contratos. Podemos comparar, al efecto, las fuentes de las obligaciones tomando en cuenta los distintos sistemas que el derecho civil regula en materia patrimonial. De esta suerte cabe distinguir, por ejemplo, los *hechos ilícitos* como fuentes de obligaciones, en donde se organiza un sistema de *reparación patrimonial,* para lograr la reparación del daño; se trata simplemente de un efecto restitutorio.

Una segunda fuente de obligaciones que se ha denominado *enriquecimiento sin causa,* se caracteriza por ser un sistema de *conservación patrimonial;* la obligación que se crea cuando alguien se enriquece sin causa, tiene por objeto restablecer el equilibrio entre dos patrimonios; un valor ha pasado de un patrimonio a otro, sin causa jurídica. Por lo tanto, la regulación de esta fuente va a tener por objeto la *conservación patrimonial,* es decir, lograr el equilibrio roto entre los patrimonios, para volver al estado primitivo. De aquí que aquél que se enriquezca sin causa, debe indemnizar en la medida de su enriquecimiento y del empobrecimiento sufrido por la otra parte; si el enriquecimiento es superior al empobrecimiento, sólo indemnizará en la medida de este último; si el empobrecimiento es mayor que el enriquecimiento, sólo se indemnizará en la medida del segundo.

Una tercera fuente, es la *gestión de negocios.* Esta tiene por objeto lograr la *cooperación patrimonial.* El Código de 1884 reglamentó la gestión de negocios, no desde el punto de vista de la cooperación, sino como una protección desmedida a los intereses del dueño de un negocio, prescindiendo de la solidaridad humana y de la cooperación que debe existir entre los distintos miembros de una sociedad. De aquí que en ese Código, la gestión tenga un carácter marcadamente individualista, para evitar toda intromisión en los negocios ajenos, aun en los casos de necesidad, cuando el dueño se encontraba impedido de atender sus propios asuntos. Permitía el Código de 1884 que a pesar de que la gestión de

negocios se llevase a cabo con el ánimo de procurar un beneficio, cuando el dueño se encontraba ausente o impedido de administrar sus asuntos, podía, no obstante, no ratificarse la gestión y con esto era bastante para que el gestor careciera de derecho para exigir los gastos ejecutados y el pago de daños y perjuicios sufridos por auxiliar al dueño de un negocio que resultó útilmente gestionado. Hasta ahí llegaba esta institución organizada de manera egoísta por el Código de 1884, dando por resultado que nadie tratara de auxiliar a una persona que por razón de enfermedad, de ausencia o alguna otra causa, estuviese impedida para atender sus negocios, porque corría el riesgo de que no se ratificase la gestión y con ello era bastante para que el dueño quedara liberado de toda obligación.

En cambio, el Código vigente organiza en la gestión de negocios un sistema de cooperación patrimonial; toda gestión útil, cuando el dueño está impedido de atender sus negocios, da derecho al gestor a ser indemnizado tanto en la gestión ejecutada, como en los daños o perjuicios que sufriera y que no le sean imputables. La gestión no le da derecho a percibir honorarios, porque esto sería tanto como facultar a que por una intervención oficiosa, alguien pudiera autoconferirse honorarios por sus trabajos, es decir, crearse por su sola voluntad una fuente de ingresos; pero si la gestión no da derecho a cobrar honorarios, sí faculta al gestor para exigir los gastos realizados y los daños y perjuicios sufridos. Ya no se requiere, para que se produzca esta consecuencia, que el dueño ratifique la gestión; si la ratifica, entonces el gestor tendrá derecho a cobrar honorarios, porque se convertiría en un mandato con efectos retroactivos. Se le atribuye, por virtud de la ratificación, todos los efectos del contrato de mandato y, entonces, el gestor ya elevado a la categoría de mandatario, podrá cobrar sus honorarios; pero si el dueño no ratifica la gestión, no por ello quedará liberado, tendrá la obligación, si la gestión resultó útil, de indemnizar al gestor de los gastos y daños causados. Se funda aquí la gestión en el principio de enriquecimiento sin causa: no podrá el dueño aprovecharse de los resultados benéficos de la gestión, sin indemnizar.

Esta misma forma de cooperación patrimonial la encontramos en el contrato. De aquí la necesidad de relacionar el contrato como fuente principal de obligaciones, con las otras fuentes. *Podemos decir que el contrato es la forma más importante de cooperación patrimonial.* Primero se constituye como un sistema de relación patrimonial, es decir, se relacionan dos patrimonios; pero no basta la relación, sino que la vigencia del contrato exige cooperación entre las partes.

Stammler pretende caracterizar los derechos personales como derechos en donde existe la cooperación y, en cambio, considera que en los derechos reales no hay tal cooperación, por cuanto que esta clase de facultades jurídicas se realizan sin que colabore el sujeto pasivo con el activo. Puede considerarse que esta tesis es exacta para los derechos reales típicamente absolutos, como la propiedad y derechos de autor, pero para los derechos reales que implican un desmembramiento de la propiedad; usufructo, uso, habitación y servidumbres, o para los derechos reales de garantía: hipoteca y prenda, si hay una colaboración semejante a la de los derechos de crédito; el nudo propietario está obligado a realizar actos que permitan el ejercicio efetcivo del derecho real y también abstenerse de aquellos actos que entorpezcan ese ejercicio. Pero con mayor claridad se nota que en los derechos personales existe la cooperación; es decir, la facultad jurídica del acreedor sólo puede realizarse íntegramente y de manera exacta, a través de la colaboración del deudor, o sea, del cumplimiento voluntario. Cuando el deudor falta al cumplimiento, sólo se obtiene, mediante el juicio respectivo, un pago equivalente.

Ahora bien, esto que en términos generales podemos afirmar para los derechos de crédito, sólo es rigurosamente exacto tratándose de los contratos, porque en las otras fuentes de obligaciones, aunque es necesario un cumplimiento voluntario, es decir, la cooperación para satisfacer íntegramente el crédito, se crean, no obstante, fuera de la cooperación patrimonial y en condiciones generalmente adversas a la misma. Por ejemplo: derechos de crédito que nacen de hechos ilícitos; aquí el derecho de crédito tiene su fuente en una situación opuesta a la cooperación, es decir, en un daño causado por el deudor al acreedor; esta situación de conflicto fue la que originó el crédito. El enriquecimiento sin causa también nace de un desequilibrio patrimonial, es decir, de la transmisión injustificada de un valor de un patrimonio a otro. Sólo en el cumplimiento se requerirá, ya restablecido el equilibrio, que haya cooperación. En cambio, los derechos de crédito que nacen del contrato, desde que se originan y en toda su vigencia, suponen una colaboración entre las partes. Esta colaboración tiene sus grados.

No podemos decir que el principio tenga igual intensidad en los contratos bilaterales y en los unilaterales. En los contratos bilaterales la cooperación patrimonial llega al grado de implicar una interdependencia de las obligaciones, por esto dijo la teoría de la causa que la obligación de una parte, tiene por causa la contraprestación. Hay una liga estrecha entre las obligaciones que nacen del contrato bilateral, y la cooperación se impone, dado que si una parte no cumple, la otra, tendrá acción para

exigir el cumplimiento o la rescisión del contrato, con el pago de daños y perjuicios, en ambos casos. La liga constante en los contratos bilaterales entre la prestación y la contraprestación la podemos advertir, sobre todo, en los contratos de tracto sucesivo; por ejemplo, el arrendatario no está obligado a pagar renta si por cualquier causa que no lo sea imputable, se impide el uso de la cosa arrendada; porque su obligación de pagar renta supone que a su vez el arrendador cumpla su obligación de conceder el uso y goce de la cosa. Debe, por lo tanto, haber una cooperación constante.

Por un principio de técnica especial, esta interdependencia de los contratos bilaterales sufre una modificación en la teoría de los riesgos. Según esta teoría, celebrado un contrato que tenga por objeto la transmisión del dominio de cosas ciertas, si estas cosas perecen por caso fortuito o fuerza mayor, la pérdida la sufre el adquirente o sea, el acreedor que ya es dueño de la cosa, quien tendrá la obligación de pagar el precio o contraprestación estipulada. Por virtud de la teoría del riesgo queda en cierto sentido modificado el principio de la interdependencia de las obligaciones. Por ejemplo: si el comprador no recibe la cosa que perece por caso fortuito o fuerza mayor, lógicamente no debería pagar el precio; la causa del precio —dirán los autores causalistas—, está en la entrega de la cosa. Luego se rompe la interdependencia, si a pesar de que no reciba la cosa, si a pesar de que la cosa ha perecido en manos del vendedor, no obstante, tuviera el comprador que pagar el precio. Sin embargo, no hay una verdadera excepción al principio de reciprocidad, de interdependencia o cooperación, si se toma en cuenta que en esta clase de contratos, el enajenante ha cumplido su obligación fundamental, que de manera automática se realiza por la celebración misma del contrato, es decir, ha transmitido el dominio de la cosa enajenada. Cuando perece la cosa en manos del enajenante, ya éste no es el dueño. El dueño, es el adquirente. Por lo tanto, la obligación del enajenante se ha cumplido y de aquí entonces que el adquirente tenga que cumplir su deber fundamental, o sea, pagar el precio, el valor de la contraprestación. Es cierto que no recibirá la cosa y que de nada le servirá la transmisión virtual del dominio, cuando económicamente aquella cosa no le será de utilidad alguna por el perecimiento, pero esto ya implica imposibilidad de cumplir con una obligación secundaria, consistente en la entrega de la cosa. La obligación principal se cumple según el principio del Código Civil francés, que pasó a nuestra legislación, por efectos directo e inmediato del contrato, sin necesidad de entrega real o simbólica, en oposición a lo que regulaba el derecho humano.

En conclusión, podemos decir: el principio de cooperación, básico en los contratos, se mantiene como principio de interdependencia en las obligaciones recíprocas, pero por razones de técnica jurídica se modifica en la teoría de los riesgos, para que el adquirente tenga que pagar el valor de la cosa que perece por caso fortuito o fuerza mayor, no obstante que no la reciba. Esta modificación será consecuencia de aquellos derechos que siguiendo al Código Napoleón, aceptan que las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas operan por la celebración misma del contrato, la transmisión de la propiedad sin necesidad de entrega real, jurídica o virtual. En los sistemas en donde no se acepta el principio napoleónico, de tal manera que se requiere que la cosa sea entregada al acreedor, el principio de interdependencia se aplica en su integridad, porque al perecer la cosa antes de ser propiedad del adquirente, quiere decir que no tendrá éste que pagar el precio como contraprestación. El enajenante tendrá que o dar otra cosa, o sufrir la rescisión del contrato, sin recibir el precio; aquí sí podemos decir que se cumple en toda su integridad la cooperación patrimonial.

TEORIA GENERAL DE LAS FUENTES EXTRACONTRACTUALES

TITULO I

LA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

CAPITULO I

Los Problemas que Plantea la Declaración Unilateral de Voluntad como Fuente de Obligaciones

1.—*El problema principal.*—La cuestión más importante que se plantea respecto a la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones *consiste en determinar si realmente puede un sujeto, por su propia voluntad, autoobligarse.* O en otras palabras, si no se requiere la voluntad del sujeto acreedor, de tal manera que baste sólo la voluntad del obligado, para que una vez exteriorizada con las formalidades legales, pueda existir y regir la obligación.

Planiol alude a la doctrina de la voluntad unilateral, y hace ver que, aun cuando quienes la sostienen consideran que ha habido un progreso jurídico al afirmar que la voluntad por sí sola es capaz de crear obligaciones, objeta esta nueva doctrina haciendo notar que sus mismos partidarios reconocen que el *vínculo obligatorio no puede quedar constituido, ni producir efectos, mientras no se adhiera a la voluntad del deudor, la aceptación o conformidad del acreedor.*

En materia de contratos, el problema es radicalmente distinto, porque no es la voluntad unilateral del deudor la que crea la obligación, sino el concurso de las voluntades de ambas partes.

Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Obligaciones, traduc. de José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, págs. 509 y 510.

En relación con este problema, Baudry-Lacantinerie (Précis de Droit Civil, ed. Binet, t. II, No. 790), acepta que la voluntad unilateral sí puede crear obligaciones.

En sentido semejante, opinan Demogue, Obl. I, nº 18, pág. 53; Worms, De la volonté unilatérale, pág. 188; Guihaire, De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté, págs. 29 y 30.

En contra de la tesis que antecede, se ha presentado la siguiente objeción que se estima definitiva para negar la posibilidad de que la voluntad unilateral pueda crear obligaciones: Toda obligación —dicen— supone no sólo la voluntad del obligado, sino además la intervención del acreedor, *porque nadie puede ser acreedor contra su voluntad.* Siendo la obligación una relación jurídica entre acreedor y deudor, no puede constituirse sin que intervenga el primero. ¿Cómo constituir una relación jurídica entre dos sujetos, sin que participe el que habrá de ser el sujeto activo de la misma? Planiol y Ripert, hacen notar que un beneficio o provecho puede ser indeseable o no deseado.

Respecto a la objeción que antecede, cabe observar que si existiera una imposibilidad jurídica absoluta para crear obligaciones por la sola declaración unilateral de voluntad del deudor, habría que concluir que no podría existir un solo caso en que dicha fuente pudiera invocarse, *porque lo que es imposible jurídicamente no admite excepciones,* y de esta suerte, tendríamos que decir que, como todas las obligaciones implican una relación entre acreedor y deudor, en todas ellas debe participar el sujeto activo.

Ante este grave problema, los juristas se han dividido. Busso clasifica las diferentes tesis sustentadas en tres grandes corrientes. La primera niega la posibilidad de que la declaración unilateral de voluntad pueda crear obligaciones; la segunda, sólo admite en casos excepcionales, que el legislador habrá de determinar, esa posibilidad jurídica y, la tercera, pretende darle un alcance general a la mencionada fuente.

Busso, Código Anotado, Buenos Aires, 1949, t. III, págs. 88 y 89.

Planiol y Ripert estiman que en principio la voluntad unilateral no debe considerarse en sí misma ineficaz para originar obligaciones, ya que el legislador puede atribuirle un poder semejante al que se reconoce al consentimiento o concurso de voluntades. Sin embargo, opinan que para el derecho francés no es posible aceptar dicha fuente, por no estar admitida en el Código Napoleón.

Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Habana, 1946, t. IV, págs. 15 y 16.

Por nuestra parte, opinamos que no es válida la objeción fundamental en que se basa la crítica, consistente en que debe necesariamente intervenir el acreedor aceptando en una forma expresa o tácita la declaración de voluntad del obligado, a fin de que pueda constituirse la relación jurídica de crédito, pues ello nos llevaría a concluir que sólo el contrato puede ser fuente de obligaciones.

En las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos, es evidente que por el solo daño causado, se crea el derecho a exigir su reparación, aun antes de que la víctima tenga conocimiento del mismo.

Puede también la gestión de negocios originar un crédito, sin que intervenga el acreedor, ya que por el solo hecho de que el gestor se inmiscuya en los asuntos del dueño, éste está facultado, aun sin saberlo, para exigir a aquél, de acuerdo con el artículo 1897 del Código Civil, que desempeñe su cargo con la misma diligencia que acostumbra emplear en sus propios negocios, y que le indemnice de los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se le hubieren causado.

De los casos anteriores podemos deducir la siguiente conclusión: *Sólo en las obligaciones contractuales, como es lógico, se requiere el conocimiento y consentimiento del acreedor para que nazcan, pues sólo en ellas el acuerdo de voluntades crea la relación jurídica; pero en las obligaciones extracontractuales, no se requiere necesariamente que intervenga el acreedor para que se constituyan.*

La lógica jurídica nos advierte, por una intuición evidente por sí misma, que nadie puede por su voluntad crear obligaciones en otro sujeto, es decir, autoconferirse derechos; pero la propia lógica nos está indicando que el derecho sí debe reconocer la posibilidad de que el sujeto capaz se imponga obligaciones y, por lo tanto, conceda facultades a otro sujeto. En principio, el sistema jurídico debe proteger a esa voluntad unilateral, cuyo fin es otorgar un beneficio a un tercero, por la presunción humana de que generalmente los beneficios son aceptados por el sujeto a quien se concedan.

2.—*Solución al problema planteado.*—Trataremos de explicar cómo se fundamenta jurídicamente la posibilidad de que nazca un derecho en el acreedor, sin que éste manifieste en forma expresa o tácita su conformidad con el mismo. *En nuestro concepto, la explicación radica en diferenciar pulcramente el nacimiento del derecho, del ejercicio del mismo.* La regla de que nadie es acreedor contra su voluntad, sólo significa, en verdad, que nadie está obligado a ejercitar sus derechos, excepto cuando por razones de interés público se impone ese ejercicio. El nacimiento

del derecho es una consecuencia que regula el sistema jurídico con o sin la voluntad del acreedor, porque no depende en rigor de esta última, sino de su causa genética

Una vez nacido el derecho, tanto en las hipótesis citadas, como cuando el deudor se impone obligaciones por su sola voluntad, el acreedor será libre para ejercitarlo o no. *Ahora bien, el ejercicio es un hecho que supone el derecho ya constituido. Por lo tanto, la voluntad del acreedor sólo atañe al ejercicio, no al nacimiento del derecho.* Por esta razón la relación jurídica se puede constituir, a pesar de ser una relación entre dos sujetos, sin que intervenga el acreedor.

No debe olvidarse que las distintas opiniones jurídicas sólo pueden tener valor en aquellos derechos positivos que en una forma directa o indirecta, pero indiscutible, aceptan que la voluntad del deudor puede en algunos casos crear por sí misma obligaciones. En este sentido, Planiol y Ripert expresamente indican que el Código Napoleón no contiene precepto alguno en el cual se admita la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones. Por esto la jurisprudencia francesa se ha negado a aceptar dicha fuente, pudiendo explicarse los casos que algunos autores invocan, como formas de aceptación tácita del acreedor.

La tesis que hemos venido sustentando, tiene aplicación en nuestro derecho, toda vez que el Código Civil vigente acepta de manera expresa, entre las fuentes de las obligaciones, a la declaración unilateral de voluntad, consagrándole expresamente todo el capítulo II del título I del libro IV, que es el relativo a las obligaciones.

Del estudio comparativo de los distintos ordenamientos positivos, se podrá llegar a la conclusión de que en verdad es el Código Civil del Distrito Federal, y los Códigos de los Estados que lo han seguido, los que tienen el sistema más completo en cuanto a la reglamentación de las distintas formas de declaración unilateral de voluntad.

Héctor Lafaille, Derecho Civil, t. VII, Tratado de las Obligaciones, v. II, Buenos Aires, 1950, págs. 514, 516, 517 y 518.

El Código Civil del Estado de Morelos, se destaca entre todos los ordenamientos de la República, y podríamos decir del mundo entero, por ser el único que ha regulado las siguientes formas específicas de declaración unilateral de voluntad: el acto dispositivo unilateral a título gratuito, la oferta a persona indeterminada, la promesa abstracta de deuda, la oferta a persona determinada, la oferta de venta, la promesa de recompensa, la estipulación en favor de tercero y la expedición de

documentos civiles a la orden y al portador (*Arts.* 1925 *a* 1972). Es digno de mención el Art. 1922 que consagra el siguiente principio: ("*La declaración unilateral de voluntad se reconoce por este Código como fuente autónoma de obligaciones, fuera de los casos expresamente exceptuados en el presente capítulo. En consecuencia, toda persona capaz puede obligarse por su simple declaración unilateral de voluntad, siempre y cuando se trate de una obligación lícita y posible*". Transcribimos también por su importancia y alcance general, los artículos 1923 y 1924: "*Son aplicables a la declaración unilateral de la voluntad las reglas establecidas por este Código para los actos jurídicos en general y para los contratos, exceptuando los casos expresamente declarados en este capítulo*". "*Se reconocen como formas generales de declaración unilateral de voluntad, el acto dispositivo a título gratuito, la oferta libre a persona indeterminada y la promesa abstracta de deuda*".)

3.—*La declaración unilateral de voluntad y la teoría de la autonomía de la voluntad.*—No obstante que el derecho romano se fundó en el principio de la autonomía de la voluntad para organizar el régimen de los contratos y que el derecho moderno, dentro del sistema individualista, ha llevado hasta sus últimas consecuencias ese principio; en materia de actos jurídicos unilaterales, no se ha reconocido ni en la doctrina, ni en la legislación, ni en la jurisprudencia, que la declaración unilateral de voluntad lícita y con interés jurídico, sea por sí sola una fuente general de obligaciones.

"El concepto de la autonomía equivale, en el ámbito individual, al de soberanía y libre decisión en la propia esfera de actuación del hombre. La facultad humana, que permite al individuo trazarse una norma a la que sujeta su independiente actividad (la selbstegesetzgebung de la terminología germánica) es reconocida en la técnica filosófico-jurídica bajo el concepto general de autonomía de la voluntad. *Tras esta idea se ha venido significando en el campo del derecho privado que todo individuo tiene la posibilidad de crear cualquier clase de relaciones jurídicas, con tal de que éstas no se hallen prohibidas por la ley, y establecer los límites, forma, naturaleza y contenido de las mismas, siendo la voluntad humana la suprema ley que rija dichas relaciones.* Hasta tal punto es esto así que ha habido autores para quienes derecho y autonomía son casi conceptos sinónimos. Así, Beudant afirma: "El derecho es la autonomía del ser humano. La facultad inherente a su naturaleza de no depender sino de sí mismo en la dirección de su pensamiento y de sus actos". (Pedro Rocamora Valls, Libertad y Voluntad en el Derecho, Madrid, 1947, págs. 23 y 24).

Al exponerse por los autores la construcción lógica de la doctrina clásica sobre la autonomía, derivada del sistema individualista, se reco-

noce expresamente ese poder de la voluntad, y no se limita al contrato como acto jurídico plurilateral, sino que en general se refiere a todo acto jurídico.

Ahora bien, pensamos que en realidad la voluntad sólo es el supuesto jurídico condicionante de concretización de la ley, para que se produzcan las consecuencias jurídicas contenidas potencialmente en la misma, de tal manera que únicamente se actualizan, en la medida y términos en que hipotéticamente están reconocidas por la norma.

De esta suerte, el principio absoluto de la autonomía de la voluntad, sufre dentro del régimen mismo de los contratos, una modificación substancial, pues el consentimiento o acuerdo de voluntades, sólo es capaz de crear las consecuencias de derecho que expresa o tácitamente reconozca la norma.

Conviene señalar el fenómeno curioso de que en tanto que en el contrato pierde su potestad absoluta el principio de la autonomía de la voluntad, en la declaración unilateral ese principio se desenvuelve alcanzando una esfera de acción jurídica cada vez mayor, sin pretender con ello igualar la eficacia que tiene en el contrato.

El proceso indicado es una consecuencia lógica del análisis jurídico anteriormente expuesto, pues al distinguirse pulcramente el origen y causa de las consecuencias de derecho, asignando a la declaratoria de voluntad, el papel sólo de condicionar y poner en movimiento esas consecuencias jurídicas, contenidas potencialmente en la norma, se pone en evidencia que el proceso debe ser idéntico en el acto jurídico unilateral y en el plurilateral. *Es decir, la voluntad única o el consentimiento, tienen la misma función jurídica: provocar las consecuencias de derecho que en estado potencial o abstracto se encuentran en la norma, pero en la medida en que ésta las contenga, de tal manera que no podrá actualizarse lo que hipotéticamente no abarque la regla jurídica.*

En la actualidad se sostiene, especialmente por lo que se refiere a nuestro derecho, que la naturaleza de la declaración unilateral de voluntad, y la reglamentación existente al respecto, se oponen a una aplicación general de los principios legales en materia de contratos; que se aplican las reglas referentes a nulidad e inexistencia elaboradas preferentemente para el contrato; que también rigen los principios del consentimiento, en cuanto a la forma en que debe manifestarse la voluntad unilateral, y a que dicha manifestación no padezca de vicios, ni se emita por persona incapaz, ni se proponga un objeto ilícito o imposible, pero que los principios generales del contrato, según los cuales las partes pueden crear libremente derechos y obligaciones, sólo son válidos para él, en

atención a que existe un consentimiento o acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto de interés jurídico; que tratándose de la voluntad unilateral, la naturaleza de ésta impide autorizarla libremente para crear obligaciones en forma general, no obstante que se proponga un fin lícito, un objeto posible, se emita por persona capaz y no padezca de vicio alguno. *En nuestro concepto, existe en esta tesis un rigorismo extremo que no se compadece con la evolución del derecho y con la superación constante de los principios que informaron el sistema individualista.*

4.—*El alcance de la declaración unilateral de voluntad en nuestro derecho.*—Analizaremos este problema, a efecto de investigar si la declaración unilateral de voluntad sólo debe ser fuente de obligaciones en el derecho mexicano, para los casos especialmente reglamentados en el Código Civil o bien, si es una fuente de mayor alcance, para poder crear obligaciones no sólo en los cuatro casos que menciona dicho ordenamiento, sino en otros semejantes, de tal manera que pudiéramos hablar de formas nominadas (que serían la oferta pública de venta, la promesa de recompensa, la estipulación en favor de tercero y la expedición de documentos civiles a la orden o al portador) y, además, de formas innominadas, que podrían fundarse en alguna de las cuatro que contiene el propio Código, o en las normas de los contratos en general, de acuerdo con el artículo 1859, que nos permite aplicar las reglas de los contratos a los demás actos jurídicos, en todo aquello que no se opongan a la naturaleza de éstos, o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

5.—*Teoría dominante en México.*—Su razonamiento fundamental es el siguiente: Nosotros nos hemos inspirado directamente en el Código alemán, que en su artículo 305 dispone que por acto jurídico sólo pueden crearse obligaciones mediante contrato, excepto cuando la ley disponga otra cosa. Es decir, el principal acto jurídico fuente de obligaciones, es el contrato. Sólo cuando la ley admita expresamente como fuente a la declaración unilateral de voluntad, en una norma especial, entonces podrá crear obligaciones. También el testamento podrá crearlas, cuando la ley así lo declare. Por lo tanto, el hecho jurídico no queda comprendido en la disposición del Código alemán. Ahora bien, se ha dicho que, si la cuna de la declaración unilateral de voluntad está en Alemania y si el derecho positivo que por primera vez la regula, limita su poder creador a determinadas especies, lo mismo debemos opinar para el derecho mexicano, por lo que fuera de las cuatro especies reguladas por nuestro Código

Civil y del caso especial de oferta entre ausentes, no hay otra hipótesis en que la declaración unilateral de voluntad pueda ser fuente de obligaciones.

6.—*Nuestro punto de vista.*—Creemos que la tesis anterior no es aplicable a México, a pesar de que ha sido elaborada para nuestro derecho. Es verdad que la cuna de la institución está en Alemania y que nos hemos inspirado en los artículos del Código alemán, pero también es cierto que no tenemos un precepto como el artículo 305 de dicho ordenamiento y sí en cambio contamos con el artículo 1859, que nos permite aplicar las reglas de los contratos a los demás actos jurídicos, precisamente en la materia relativa a las fuentes de las obligaciones, que es donde se encuentra comprendida esa disposición. Es decir, el precepto no sólo tiene el valor de ser aplicable a todos los efectos que no sean genéticos o creadores de obligaciones, sino que por el orden en que está colocado nos faculta para sostener que en la materia de fuentes, las reglas sobre contratos son aplicables a otros actos jurídicos, siempre y cuando no se contraríe la naturaleza de los mismos. Por ejemplo: no podemos aplicar las normas del consentimiento al acto unilateral; pero si en un caso concreto nada se opone a que invoquemos los principios de los contratos, por ejemplo, en cuanto al poder creador de obligaciones, cuando, además, la ley no disponga lo contrario, entonces estaremos en una situación radicalmente distinta a la que contempla el Código Civil alemán. El hecho de que hayamos tomado la idea de ese Código, no quiere decir que no la podamos modificar, porque entonces habría que concluir que siempre que un Código se inspire en otro, por esa sola circunstancia no se pueden introducir modificaciones. Nosotros hemos modificado el Código alemán en un punto radical, en cuanto a que admitimos que por acto jurídico sí pueden crearse obligaciones, no sólo por contrato, sino también por declaración unilateral de voluntad y por otros actos jurídicos.

Más aún, en el Código alemán no hay una fuente llamada declaración unilateral de voluntad, que tenga su capítulo especial, de tal manera que se desprenda de ese Código la idea de regular el contrato como la fuente principal y luego a aquélla como fuente secundaria. Los siguientes casos que reglamenta el Código alemán están en el libro de los contratos: estipulación en favor de tercero, promesa de recompensa, y expedición de documentos civiles a la orden o al portador. Además, considera como acto unilateral, la promesa de fundación o su constitución misma, que puede hacerse durante la vida del fundador o por testamen-

to. Nosotros, en la Ley de Beneficencia Privada, aceptamos esas dos formas relativas a las fundaciones, pero en lo que se refiere al Código Civil, expresamente clasificamos las especies que en el Código alemán están en el libro de los contratos, para darles autonomía, presentándolas como formas típicas de declaración unilateral de voluntad. No hay en el capítulo respectivo un solo precepto que nos diga que esas especies son las únicas, o que prohiba, como lo hace el Código alemán, crear obligaciones fuera de los casos expresamente regulados en la ley. Sólo se mencionan las cuatro especies que ya hemos citado y se determinan sus consecuencias jurídicas, pero nada se dice respecto a que sean las únicas.

Creemos, por lo tanto, que ante esta distinta regulación y, sobre todo, ante el texto evidente del artículo 1859, cabe sostener en México la siguente teoría de gran importancia práctica: *Hay formas nominadas de declaración unilateral de voluntad:* las que regula el Código Civil, *y, además, también existen formas innominadas, que tienen que constituirse por un procedimiento analógico.* Por consiguiente, en aquellos casos en que la voluntad unilateral se proponga un fin lícito y posible, y que no requieran necesariamente el consentimiento de las partes, podrán crearse obligaciones. *Es decir, la misma limitación que hay en materia de contratos, existe en la declaración unilateral, pues la voluntad no puede, sin que la ley la ampare, crear obligaciones.* La voluntad tampoco debe proponerse un fin ilícito, ni en el contrato, ni en la declaración unilateral. Si se lo propone, habrá nulidad, generalmente absoluta. Además, la voluntad, para poder crear obligaciones, debe ser de persona capaz y observar las formas legales.

7.—*Fundamentación del acto jurídico en el sistema general del Código Civil.*—¿Es posible crear, por declaración unilateral de voluntad, obligaciones que no se encuentren comprendidas en ninguno de los casos que regula el Código Civil en el capítulo respectivo? O bien, ¿no obstante que en nuestro derecho no tenemos un precepto como el del Código alemán, por la naturaleza misma de la reclaración unilateral de voluntad, sólo son posibles las especies que regula la ley? *¿Habrá que atenerse exclusivamente a los términos de ésta, sin poder completar el sistema, sin poder crear formas por analogía, sin poder suplir lagunas?* En una palabra, ¿no será posible generalizar, para deducir principios de los casos aislados que la ley ha tomado en cuenta? Creemos que para poder llegar a la solución de un problema de tal magnitud, conviene recordar lo que ocurre en el derecho civil respecto del acto jurídico unilateral, en cuanto a sus efectos o consecuencias de derecho, *no sólo por lo que ve a la*

creación de obligaciones, sino a las cuatro grandes manifestaciones que tienen los actos jurídicos: crear, transmitir, modificar y extinguir derechos.

8.—*Alcance jurídico del acto unilateral.*—Para los derechos reales no tenemos que suplir lagunas de la ley, sino al contrario, contamos con suficientes elementos en el Código Civil, que se acercan sensiblemente a la solución de nuestro problema, pues se refieren a la otra especie que integra, con los derechos de crédito, el género de los derechos patrimoniales. Las reglas que existen en el Código Civil para determinar la fuerza creadora del acto unilateral, a propósito de derechos reales, las tenemos en la regulación del usufructo, de las servidumbres y de la hipoteca; pero si es verdad que sólo se mencionan tres casos, veremos que se pueden generalizar para los derechos reales, excepto aquellos que por definición suponen como fuente un contrato.

Dice el artículo 981 de nuestro Código Civil que el usufructo tiene su origen en la voluntad del hombre, en la ley o en la prescripción, otros artículos nos dicen que las servidumbres se crean por acto del hombre, por la ley o por la prescripción y, finalmente, una tercera norma indica que las hipotecas pueden ser legales o voluntarias y que estas últimas pueden ser impuestas por el dueño de la cosa o por convenio. De estas tres reglas deducimos el siguiente principio: *el acto jurídico unilateral está reconocido como fuente del usufructo, de las servidumbres y de la hipoteca; no se refiere la ley, al contrato o al testamento, sino emplea un término más amplio: voluntad del hombre.*

Los preceptos mencionados, estatuyen:

Artículo 981 "El usufructo puede constituirse por la ley, por la voluntad del hombre o por prescripción".

Art. 1067.—"Las servidumbres traen su origen de la voluntad del hombre o de la ley; las primeras se llaman voluntarias y las segundas legales".

Art. 1109.—"El propietario de una finca o heredad puede establecer en ella cuantas servidumbres tenga por conveniente, y en el modo y forma que mejor le parezca, siempre que no contravenga las leyes, ni perjudique derechos de tercero".

Art. 2919.—"La hipoteca nunca es tácita, ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro, y se contrae por voluntad, en los convenios, y por necesidad, cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados. En el primer caso se llama voluntaria; en el segundo, necesaria".

Art. 2920.—"Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen".

Es curioso que la doctrina, sistemáticamente, excepto la alemana, venga mencionando como actos del hombre, constitutivos de derechos reales, sólo al contrato y al testamento.

Pueden consultarse, por ejemplo, los tratados elementales de autores italianos, franceses o españoles, y se verá que interpretan la determinación "voluntad del hombre" a que se refiere la ley, en el sentido de que el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres y las hipotecas pueden nacer de contrato o de testamento. Hasta ahora no se ha afirmado que por acto unilateral se puedan crear estos derechos reales y menos aún se ha sostenido que la ley quiso comprender el acto unilateral. La doctrina alemana admite que los derechos reales sí pueden crearse, aun cuando excepcionalmente, por acto unilateral. Ahora bien, en nuestro concepto, los derechos reales principales, como son el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres sí pueden crearse por acto unilateral y en cuanto a los derechos reales accesorios, también la hipoteca. *La prenda, la anticresis y la enfiteusis, no pueden crearse por acto unilateral, porque la ley las regula como contratos.*

Existiendo, por consiguiente, este efecto creador, por lo que ve a los derechos reales, tenemos ya una base para elaborar el principio general: *El acto jurídico unilateral sí es capaz, en el derecho, de crear efectos o consecuencias que impliquen la constitución de derechos reales y, seguramente, de derechos personales, como se mostrará en los capítulos siguientes.*

CAPITULO II

Formas Nominadas de Declaración Unilateral de Voluntad

1.—*Historia.*—Esta fuente se origina en el derecho moderno, y tiene sus antecedentes directamente en el Código Civil alemán. No encontramos en el derecho romano, en el canónico, en el antiguo derecho francés, español o italiano, formas específicas de declaración unilateral de voluntad como fuentes de obligaciones. Sólo se mencionan dos casos en el derecho romano: la oferta hecha en favor de los dioses, y la que se hacía en favor de una ciudad. Se consideró que el oferente estaba obligado a cumplir únicamente por su declaración de voluntad.

También el derecho canónico aceptó que la promesa hecha en favor de Dios, creaba una obligación; pero son casos que no presentaban interés jurídico para constituir una fuente especial de obligaciones.

Es hasta el derecho alemán en donde se admite que la declaración unilateral de voluntad pueda, en diferentes casos, originar válidamente obligaciones a cargo del que la emite, reconociéndose la promesa de fundación, la de recompensa, la oferta pública y la estipulación en favor de tercero.

En el derecho francés no encontramos absolutamente antecedentes de esta institución. *Lo mismo podemos decir respecto de nuestros códigos anteriores.*

2.—*Enumeración.*—El Código Civil vigente, siguiendo al alemán, ha reglamentado las siguientes formas nominadas de declaración unilateral de voluntad: 1a.—Promesa de recompensa. 2a.—Oferta pública. 3a.—Estipulación en favor de tercero y 4a.—Expedición de documentos civiles a la orden o al portador.

3.—*Discusión sobre la fuente en la promesa de recompensa o en la oferta pública.*—Se discute cuál es, una vez que se acepta la promesa, la fuente de la obligación: si es la declaración unilateral de voluntad o el contrato. La teoría clásica considera que en todas las formas de declaración unilateral de voluntad, en rigor se trata de un proceso semejante al de la formación de los contratos entre ausentes; que en éstos, entre la oferta y la aceptación existe un lapso que ha dado lugar a cuatro sistemas distintos para definir el momento en que el contrato se forma (declaración, recepción, expedición o información). En la declaración unilateral de voluntad, afirma la tesis contractual, sólo hay una oferta, que se emite en condiciones especiales, que se hace al público (bien sea en la oferta para vender o en la promesa de recompensa), o se formula en favor de tercero en la estipulación a propósito de un contrato, pero que una vez que se acepta, integra el consentimiento, y existe entonces un proceso semejante al de formación de los contratos por correspondencia; que, por lo tanto, no habrá fundamentalmente ninguna novedad en esta supuesta y distinta fuente de obligaciones.

Esta teoría contractual se ha desechado, porque no explica las obligaciones nacidas antes de la aceptación. Sería exacta si no hubiera obligaciones anteriores a ese momento, de tal manera que hasta entonces se formaría el vínculo jurídico y el oferente quedaría obligado en los términos de la aceptación; pero el problema jurídico que se presenta es

muy distinto, porque las obligaciones nacen antes de la misma y, por tanto, debe explicarse cuál es la fuente de estas obligaciones que nacen independientemente del concurso de voluntades, por la simple manifestación del promitente. El que hace una oferta para vender, está ya obligado desde el momento en que la hace, de tal manera que la aceptación de un tercero, sólo vendrá a condicionar el cumplimiento de su promesa, pero su obligación existe ya en favor de un acreedor indeterminado. Asimismo, el que formula una promesa de recompensa, cumplidas las condiciones de la misma, también está obligado en favor de un acreedor indeterminado.

4.—*Oferta pública de venta.*—Otra de las formas nominadas en la declaración unilateral de voluntad, está reglamentada por el artículo 1860 del Código Civil vigente, con el nombre de oferta pública de venta, pues aun cuando dicho precepto simplemente dice que: "El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento", claramente se ve que limita la oferta exclusivamente a la venta. Sin embargo, por las razones que ya hemos expuesto, consideramos que debe admitirse también en nuestro derecho la figura innominada que puede caracterizase como oferta pública en general.

5.—*Promesa de recompensa.*—Esta forma de decaración unilateral de voluntad, dentro de la enumeración que hace el Código Civil vigente, está reglamentada por los artículos 1861 a 1867 del citado ordenamiento. Fundamentalmente el primer precepto dispone que por medio de anuncios u ofrecimientos hechos al público, una persona puede obligarse por su simple manifestación de voluntad a pagar determinada prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio. Conforme al artículo 1862, el que ejecutare el servicio o llenare la condición, por ese sólo hecho podrá exigir el pago o la recompensa ofrecida. No determina nuestro Código —como sí lo dice el alemán— que se adquiera derecho a la prestación aun cuando al ejecutar el hecho o cumplir la condición, el interesado desconociere la promesa, o ésta aun no se hubiere formulado; pero debe resolverse el problema en sentido afirmativo, a no ser que de los términos mismos de la promesa se exija que se trate de un servicio o condición que posteriormente cumpla el beneficiario, con conocimiento de la oferta.

El artículo 1863 permite la revocación de la oferta, siempre y cuando se haga con la misma publicidad que el ofrecimiento, y para el caso

de que alguien hubiere hecho erogaciones para prestar el servicio o cumplir la condición, tendrá derecho a que se le reembolsen.

En dicho precepto no se hace una aplicación estricta de la teoría sobre la declaración unilateral de voluntad, en virtud de que una vez lanzada la oferta, si alguien ejecuta ciertos gastos en relación con la misma, o lleva a cabo los actos necesarios para realizar el servicio o cumplir la condición, no debería existir la facultad de revocación de la oferta, dado que se lesionan derechos de tercero.

Por estas razones, el artículo 1864 prohibe la revocación de la oferta, cuando se hubiese señalado un plazo para la ejecución del hecho, entretanto no se venza dicho término. Tanto este artículo, como el 1804 del Código Civil, hacen una aplicación estricta de la doctrina unilateral de voluntad, pues se estima que el solo hecho de fijar un plazo, obliga al promitente, sin necesidad de aceptación de otro a respetarlo.

Enneccerus, t. II, v. II, págs. 315 y 316.

En el Code Civil Allemand, (Traduit et annoté, por Bufnoir, Gény, Lévy-Ullmann, Saleilles, y otros connotados autores) al comentarse el artículo 657, se lee lo siguiente:

"La promesa de recompensa, empleada en la vida cotidiana de todos los tiempos, constituye una de las manifestaciones de la práctica cuya explicación ha provocado vivamente el esfuerzo de los jurisconsultos. Ha constituido por mucho tiempo un reto a la lógica jurídica. ¿En virtud de qué fuente, en efecto, puede considerarse al promitente obligado? ¿Es debido al anuncio por lo que se ha obligado para con el público? Para aceptar esta solución, sería menester admitir que la voluntad unilateral del promitente tiene el poder de ligarlo independientemente de toda adhesión que nazca de otra persona. Ahora bien, con anterioridad a la célebre teoría de Siegel sobre la promesa unilateral como fuente de obligaciones elaborada en 1874, era forzoso basar la explicación sobre la idea del contrato".

Se explicaba la promesa de recompensa, considerando que había una oferta y que tácitamente ésta era aceptada al efectuar el hecho o cumplir la condición. Siegel sostuvo por primera vez, que la obligación nacía de la simple declaración unilateral del promitente. Continúa el comentario respecto a las ideas de Siegel, en los siguientes términos:

"Según él, un compromiso obligatorio puede derivar de la manifestación unilateral de voluntad: el autor de la promesa está obligado por su palabra. No podría revocar esa promesa, una vez manifestada públicamente y la recompensa debería adquirirse por el beneficiario, independientemente de su voluntad per-

sonal, si el resultado premiado se había logrado por él objetivamente. El primer proyecto, cuyas disposiciones han pasado al Código, desechando en principio la declaración unilateral como forma de obligación (Saleilles, Obl. n. 143 y supra. art. 305 y nota) ha consagrado, sin embargo, las teorías de Siegel, por excepción, en tres casos particulares, uno de los cuales es el presente".

El comentario se refiere al artículo 657 del Código alemán, que reglamenta la promesa de recompensa, de cuyo precepto hemos tomado la disposición relativa.

El artículo 658 del Código alemán, dispone que la promesa de recompensa puede ser revocada hasta antes de la realización del hecho; pero la revocación, para ser eficaz, debe llevarse a cabo con la misma publicidad de la promesa. Se puede renunciar a la facultad de revocación. El señalamiento de un plazo para la realización del hecho, implica en la duda, renuncia de la facultad de revocar.

6.—*Concurso con promesa de recompensa.*—En el artículo 1866 de nuestro Código Civil vigente, se reconoce esta modalidad de la promesa de recompensa, estatuyéndose que: "En los concursos en que haya promesa de recompensa para los que llenaren ciertas condiciones, es requisito esencial que se fije un plazo". "El promitente tiene derecho de designar la persona que deba decidir a quién o a quiénes de los concursantes se otorga la recompensa". (Art. 1867). En relación con estos preceptos, el artículo 1865, dice: "Si el acto señalado por el promitente fuere ejecutado por más de un individuo, tendrán derecho a la recompensa: I.—El que primero ejecutare la obra o cumpliere la condición; II.—Si la ejecución es simultánea, o varios llenan al mismo tiempo la condición, se repartirá la recompensa por partes iguales; III.—Si la recompensa no fuere divisible se sorteará entre los interesados".

La diferencia entre la simple promesa de recompensa y el concurso con promesa de recompensa, fundamentalmente descansa en que esta última sólo se puede otorgar a un conjunto de personas determinadas, que son las que aspiran al premio, y de ese conjunto, conforme a ciertas reglas, se elegirá al vencedor, cuando haya cumplido los requisitos señalados en las bases respectivas. Asimismo, en esta especie debe haber una decisión, que puede hacer de antemano el promitente indicando a quién se le adjudicará el premio, o bien, designando la persona que deba decidir a quién o a quiénes de los concursantes se otorgará la recompensa. Por este motivo, la decisión no dependerá exclusivamente de que se ejecute el hecho o se llene la condición, sino además que se elija, conforme a ciertas reglas, quién o quiénes de los aspirantes tienen derecho al pre-

mio. Para este problema, deben aplicarse las reglas del artículo 1865, cuando el promitente no determine las bases o la persona que deba decidir, pues ante dicho silencio, es de equidad que la recompensa se adjudique por partes iguales a quienes cumplieron los requisitos exigidos, y si no es divisible, que se sortee entre los interesados.

El Código Civil alemán se refiere expresamente en su artículo 661 a los concursos exigiendo, como nuestro artículo 1866, que se fije un plazo en el anuncio público que se haga.

En la promesa de concurso, el promitente no puede exigir la trasmisión de la propiedad respecto a la obra que haya sido premiada, sino cuando haya declarado en la promesa que dicha trasmisión deberá ser efectuada.

Enneccerus, t. II, v. II págs. 317 y 318.

7.—*Estipulación en favor de tercero.*—Tiene como fuente según el Código Civil en vigor, la declaración unilateral de voluntad del promitente, hecha a propósito de un contrato, por la que se obliga en favor de un extraño al mismo, a cumplir una prestación o una abstención.

En esta figura intervienen las siguientes personas: 1o.—Promitente, que es el que emite su voluntad en el sentido de obligarse en favor de un tercero. 2o.—Estipulante, que es el que tiene interés jurídico en que el promitente se obligue en favor de un tercero; el estipulante no es un mandatario, ni un gestor del tercero; si lo fuese, el problema se resolvería aplicando las reglas de la representación o de la gestión de negocios, pero justamente esta situación jurídica tiene características especiales, porque el estipulante obtiene no para sí, sino para otro, que se obligue a ejecutar una determinada prestación o abstención con respecto a un tercero. 3o.—Finalmente, interviene en fecha posterior a la celebración del contrato, el tercero, para aceptar o repudiar la estipulación.

Esta figura de la estipulación en favor del tercero, sólo puede darse en los contratos; en ningún otro acto jurídico puede presentarse, y tiene justamente la característica de que a propósito de un contrato las partes no estipulan entre sí o para sí, sino con respecto a un tercero, independientemente de que pueden en el contrato crearse obligaciones directamente entre los contratantes. De acuerdo con la tesis de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, desde el momento en que el promitente acepta obligarse en favor de un tercero, ha nacido un derecho revocable en beneficio de éste, sujeto a repudiación, y antes de que dé su conformidad. No se necesita el concurso de voluntades entre el ter-

cero y el promitente, para que nazca la obligación de este último. En el momento mismo en que se hace la estipulación, es decir, la promesa en favor del tercero, éste tiene un derecho revocable, sujeto a repudiación, de la misma naturaleza jurídica que el derecho que tiene el heredero en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia, antes de que acepte o repudie ésta.

"Nuestro Código vigente, siguiendo las ideas de ciertos autores alemanes (Gierke, Goldschmidt, Martinius y Seuffert, citados por Pacchioni en su monografía, p. 139) establece como regla general o como presunción que, cuando se hace una estipulación a favor de tercero se le quiere conferir y efectivamente se le confiere una acción directa para exigir el cumplimiento de la obligación. Esta presunción es salvo pacto expreso (el artículo 1869 por error de imprenta dice "escrito" en lugar de "expreso"; véase en este sentido la monografía de Pacchioni, p. 139) en contrario. Así es que puede convenirse en que sólo el estipulante podrá exigir el cumplimiento de la obligación (Baudry-Lacantinerie et Barde n. 164) o, por el contrario, convenirse expresamente en que sólo el tercero podrá exigir el cumplimiento de la estipulación hecha a su favor (Art. 1870); Saleilles en Code Civil Allemand, p. 471).

Nacimiento del derecho del tercero.—Según los artículos 1869 y 1870 del Código, el derecho del tercero nace de la estipulación en el momento de perfeccionarse el contrato y desde entonces, aun ignorándolo el tercero, adquiere una acción directa que entra en su patrimonio (Saleilles en el Code Civil Allemand, etc., p. 470; Colin et Capitant, n. 130; Planiol, n. 1261).

Esto es semejante a la materia de sucesiones, en donde, al morir el autor se opera la transmisión de los bienes a favor del heredero, a reserva de que éste acepte o repudie la herencia y si la acepta no hace sino ratificar el efecto ya producido por la ley (Colin et Capitant, n. 130; Tuhr, p. 637)." (Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones, t. I, págs. 439 y 440).

Si el tercero acepta la estipulación, se considera nacida desde la fecha en que se hizo, y no desde el momento en que se aceptó; si la repudia, se considera el derecho como no nacido. Por lo tanto, está sujeto a una condición consistente en la repudiación o aceptación del tercero.

Si la vountad unilateral del promitente, no fuere la fuente de su obligación, el derecho del tercero no podría nacer sino hasta el momento en que diese su consentimiento, y estaríamos entonces dentro de la teoría del contrato, que explicaría estas obligaciones por el acuerdo de voluntades; pero basta con que el tercero no repudie, es decir, con que no se presente este acontecimiento futuro e incierto, para que el derecho se tenga por nacido tácitamente desde que se hizo la estipulación, antes de que el tercero aceptara, de la misma manera que el heredero adquiere la propiedad y posesión de los bienes hereditarios en el instante mismo de la muerte del autor de la herencia, antes de la aceptación; pero si el

heredero repudia, caduca su derecho, y la caducidad del derecho hereditario se explica también por una condición resolutoria que viene a operar retroactivamente la extinción de ese derecho.

Lógicamente, entonces, el contrato no puede explicarnos cómo nacen las obligaciones en favor del tercero. La tesis contractual sería suficiente si las obligaciones dependieran de su aceptación, para surgir hasta el momento mismo de su conformidad, lo que permitiría el acuerdo de voluntades entre promitente y tercero.

Ahora bien, como las obligaciones nacen en un momento anterior, antes del acuerdo tácito o expreso del tercero, se ha tratado de explicar esta obligación del promitente de diferentes maneras: desde luego por una declaración unilateral de voluntad, que es la tesis actualmente aceptada y que reconoce expresamente nuestro derecho positivo. También se ha considerado que el estipulante simplemente es un gestor del tercero, que está obrando por su cuenta y en su nombre, hasta que éste ratifica la gestión, tesis que se ha desechado, porque no se necesita esa ratificación expresa o tácita, par que nazcan las obligaciones del promitente; además, en la gestión de negocios el gestor está obligado a continuar la gestión, y en la estipulación, el estipulante no tiene ninguna obligación a su cargo. Por otra parte, en la gestión de negocios el dueño, que sería el tercero, tendría determinadas obligaciones en favor del gestor, y en la especie, no las reporta.

Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, teoría General de los Contratos, traducción de Cajica Jr., págs. 120 y 121.

Una tercera tesis, ha dicho que existe simplemente una oferta directa, que pasa del patrimonio del estipulante al del tercero; es decir, el contrato primero se celebra entre promitente y estipulante; los derechos entran a formar parte del patrimonio de éste, y después son transferidos al de tercero.

Tampoco es exacta esta tesis, porque no es el procedimiento conforme al cual nacen los derechos del tercero. Estos nacen directamente en su patrimonio, sin pasar por el del estipulante.

Para nosotros, no existe ya dificultad de orden teórico ni práctico, dado que el Código Civil reconoce en el capítulo de la declaración unilateral de voluntad, como una forma especial, a la estipulación en favor de tercero. Planiol ha elaborado una teoría ecléctica muy interesante, que transcribimos en la nota.

Se presenta el problema de la revocación que lleva a cabo el estipulante, y el momento en que se puede hacer. Al efecto, el estipulante puede revocar la estipulación hasta antes de que el tercero acepte, justamente porque se trata de un derecho revocable, después, se convierte en definitivo e irrevocable; antes de la aceptación no hay perjuicio para el tercero; tiene propiamente una expectativa de derecho y puede el estipulante revocarla.

El único que tiene derecho de revocación es el estipulante, porque es el que ha tenido interés jurídico en obtener que el promitente se obligue en favor del tercero, y como seguramente para obtener esa promesa habrá pagado al promitente, a él corresponde el derecho de revocación; pero si el estipulante permite al promitente revocar la promesa antes de la aceptación del tercero, se estará entonces a los términos del contrato.

También es posible estipular en el contrato modalidades, es decir, términos o condiciones, porque se trata de una obligación que aunque no tiene su fuente en el contrato, éste es el medio jurídico en que nace. Por consiguiente, si el contrato impone determinada condición o término para la estipulación, esta modalidad es válida.

Se discute también si la nulidad o la inexistencia del contrato pueden traer como consecuencia la inexistencia o nulidad de la estipulación. Es verdad que la estipulación no nace del contrato; pero es el medio único en que puede originarse; por consiguiente, si es inexistente, o nulo, desaparece el único motivo o causa que el derecho positivo permite como viable para una estipulación. Los autores concluyen aceptando que la inexistencia del contrato, o su nulidad, traen como consecuencia también la inexistencia o nulidad de la estipulación en favor de tercero.

8.—*La estipulación en favor de tercero en el derecho francés.*— Desde el derecho romano se consagró el principio de que los contratos no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros. En consecuencia, el tercero no puede invocar un contrato en el que no ha sido parte, ni sufrir una obligación que no ha concertado.

Este principio fundamental pasó al derecho francés, y se reconoció en nuestra legislación anterior. En el Código Napoleón, dispone el artículo 1165 que los contrarios sólo surten efectos entre las partes que los otorgan. No perjudican ni benefician a los terceros, salvo lo dispuesto por el artículo 1121.

"Hay un axioma general recibido en la doctrina "Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesee potest", tomado no expresamente, sino por in-

ducción y con muy corta diferencia, de los fragmentos del derecho romano ("Inter alios res gestas aliis non posse praejudicium facere, saepe constitutum est". Cod. 7 60. Inter alios acta vel judicata, aliis non nocere. 1. const. de Bioclec. y Maxim).

"La regla general es que no se puede estipular por otro: "Alteri stipulari nemo potest". Es decir, que no se puede válidamente estipular que se dará o hará alguna cosa a otro. Lo que significa, no sólo que el tercero para quien se ha estipulado no tendrá acción, pues es extraño al contrato, sino aún que el estipulante tampoco tendrá ninguna, y que no podrá exigir que el promitente dé o haga a otro lo que ha prometido, siendo útil la estipulación. Y el motivo repetido frecuentemente en los textos es que el estipulante no tiene ningún interés "Nihil interest estipulatoris"; "Ut alii nihil interest mea". "Nisi interit". De donde se sigue la consecuencia de que en caso de que el estipulante tenga el interés, la estipulación será válida, "Si stipuler alii, cum mea interesset: videamus an stipulatio committatur? Et ait Marcellus stipulationem valere". Lo que quiere decir, no que el tercero tendrá la acción que resulte de esta estipulación, porque es extraño a ella, y siendo para él res inter alios acta; sino que el estipulante podrá proceder en virtud de su propia estipulación para obligar al promitente a dar al tercero, o hacer para el tercero lo que ha prometido. Por lo demás, no basta, para hacer así válida la estipulación, un simple interés de afecto: es preciso un interés jurídico. Por ejemplo, yo estoy obligado por una causa cualquiera a hacer construir una casa a Ticio; estipulo de alguno que la construirá: esta estipulación es válida, y yo tengo acción contra el promitente para hacerle que cumpla su promesa, porque tengo interés en ello". (Ortolán, Justituciones del Emperador Justiniano, t. II, págs. 218 a 219).

La estipulación en favor de tercero en el derecho francés se admite en dos casos: cuando es una condición de la estipulación formulada en provecho del propio contratante, y cuando es una condición impuesta en una donación. Por lo tanto, si el contratante estipula algo en favor de un tercero, y esta estipulación constituye una condición relacionada con un interés del estipulante, será válida y puede el tercero aceptarla y exigir su cumplimiento, aunque no haya sido parte en el contrato.

Supongamos que A está obligada a construirle una casa a B y estipula con el arquitecto C para que la ejecute y aunque B no es parte en el contrato de obra, la estipulación será válida, pues es una condición para que A pueda cumplir con el compromiso contraído anteriormente con B. Se dice entonces que A tiene interés jurídico, en estipular en favor de un tercero, porque es el medio de que pueda cumplir con la obligación que contrajo en un contrato diferente, y este interés jurídico de A permite al tercero tener acción en contra del promitente para exigirle el cumplimiento de la promesa, no obstante que no fue parte en el contrato.

El segundo caso se presenta en la donación, cuando el donante impone al donatorio una carga o un servicio en favor de un tercero. Si éste

acepta la prestación impuesta a su favor, tendrá acción contra el donatario para exigir el cumplimiento de la carga o servicio, no obstante que no fue parte en el contrato.

En el proyecto de Código de García Goyena, también se acepta la estipulación en favor de tercero, y simplemente se dice que es válida cuando el estipulante tiene interés en llevarla a cabo, sin manifestar casos expresos, como lo hace el derecho francés.

9.—*La estipulación en favor de tercero en nuestra legislación anterior.*—Con estos antecedentes llegamos a nuestros Códigos de 1870 y de 1884, y se plantea en ellos el problema de saber si puede existir obligación para otro, y si puede hacerse una estipulación en favor de tercero.

Desde luego, es evidente que no puede imponerse en un contrato una obligación a cargo de otro. Por lo que toca a esta primera forma de interesar jurídicamente a un tercero, nuestro derecho sigue la tradición romana, respetada en el derecho francés: el tercero no puede resultar perjudicado si no ha intervenido en el contrato; pero se discute si puede estipularse en su favor.

"Código de 1884. Sabemos que el Código francés y el proyecto del Código español, se tuvieron a la vista y sus doctrinas se siguieron a menudo por las comisiones que redactaron el Código Civil de 1870 repetido en la materia de que se trata por el Código de 1884. El hecho de que este Código sólo haya reproducido en su artículo 1277 el principio general, tal como venía desde el derecho romano y existe en el artículo 1119 del Código Napoleón y en el artículo 977, primera parte, del proyecto del Código español y que no haya introducido la excepción consignada en los artículos 1121 del Código Napoleón y segunda parte del artículo 977 del proyecto del Código español comentado por García Goyena, es una prueba de que esta excepción no ha sido admitida por nuestro legislador y, en consecuencia, podemos afirmar que el principio adoptado por el Código de 1884 es el de que el tercero no puede exigir el cumplimiento de la obligación contraída por otra persona en un contrato en el que aquél no ha sido otorgante.

La circunstancia de que C y D, estipulen que el pago deberá hacerse a A. sólo significa A es una persona designada para recibir el pago, de conformidad con lo previsto por el artículo 1541 del Código Civil, pero no que tenga derecho para exigir el pago, (Véase en este sentido Laurent, t. XVII, n. 521), y que D no puede exigir a C que le pague a él en vez de pagar a A". (Borja Soriano, ob. cit., t. I, págs. 424 y 425).

10.—*Documentos civiles a la orden y al portador.*—El primer problema que se presenta consiste en determinar si en nuestro derecho civil

pueden emitirse *documentos civiles* a la orden y al portador, por declaración unilateral de voluntad, dados los términos de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y los correspondientes del Código Civil vigente.

Borja Soriano opina que las disposiciones del Código Civil al respecto, quedaron derogadas por la ley mencionada; que ya no hay en nuestro derecho documentos civiles a la orden y al portador; que todo documento, por el hecho de ser a la orden o al portador, es mercantil y, además, título de crédito; que la Ley de Títulos, por ser posterior, derogó al Código Civil en este sentido.

Por nuestra parte, pensamos que no se han derogado los mencionados artículos que permiten expedir documentos civiles a la orden o al portador; que actualmente son válidas las obligaciones nacidas de declaración unilateral de voluntad, bajo la forma de documentos civiles a la orden o al portador. El problema es el siguiente: hay un artículo en el Código Civil, el 1873, muy claro en nuestro concepto, que dice: "Puede el deudor obligarse otorgando *documentos civiles pagaderos* a la orden o al portador". Estos documentos tienen las siguientes características:

1a.—Son documentos cuya transferencia, siendo a la orden, puede llevarse a cabo por endoso o por la entrega material del título, si son al portador, es decir, en cuanto a su transferencia, coinciden con los títulos de crédito. Aquí funda Borja Soriano su primer argumento, pues en cuanto a la forma de transferencia o de circulación los documentos civiles a la orden o al portador se transmiten de la misma manera que los títulos de crédito.

2a.—Estos documentos civiles a la orden o al portador consagran derechos autónomos, es decir, el adquirente por endoso o por la transferencia del título al portador, no sufre las excepciones personales oponibles al titular primitivo. A pesar de las dos características citadas, que son propias de los títulos de crédito, en los documentos civiles no encontramos la literalidad que es esencial en aquéllos y con ello basta para que exista una diferencia radical entre ambos.

En efecto, el artículo 14 de la Ley de Títulos dice: *"Los documentos y los actos a que este título se refiere, sólo producirán los efectos previstos por el mismo, cuando contengan las menciones y llenen los requisitos señalados por la ley y que ésta no presuma expresamente. La omisión de tales menciones y requisitos no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen al documento o al acto".*

11.—*En los documentos civiles a la orden o al portador, no encontramos la literalidad.*—No hay un artículo del Código Civil en esta materia, del 1873 al 1881, que nos diga que el documento a la orden o al portador deba contener ciertas enunciaciones, como sí existe precepto para los títulos de crédito, según disponen los artículos 5 y 14 de la ley respectiva. Por consiguiente, puede redactarse un documento civil a la orden, sin sujetarse a ciertos términos ya consagrados por el derecho; basta con que se diga que es a la orden para que el documento tenga validez como una obligación civil, nacida de la declaración unilateral del emitente; por ejemplo, es válido el siguiente documento civil: "Me obligo a la orden de fulano a entregarle un automóvil de tal marca y número"; o este otro: "Me obligo a la orden de mengano a ejecutar determinado servicio", o "a entregarle cien cargas de maíz". En estos casos, no estamos cumpliendo ninguna forma sacramental como las que se emplean en los títulos de crédito, sino que decimos "Entregaré (declaración unilateral de voluntad) al portador tal o cual cosa", que puede ser una cantidad de dinero, un bien, o la ejecución de un servicio, y ese requisito que es fundamental en los títulos de crédito, porque si no se cumple la enunciación imperativamente requerida por la ley en forma literal y expresa, el título no tiene el carácter de tal, por disposición terminante del artículo 14, no se presenta en los documentos civiles a la orden o al portador, donde encontramos libertad para su redacción.

12.—*Los documentos civiles a la orden o al portador, permiten las tres formas de la obligación: dar, hacer o no hacer.*—En efecto, puede el deudor obligarse a través de las tres formas ya mencionadas, conforme al art. 1873, ya que el precepto no excluye ninguna. En cambio, los títulos de crédito sólo permiten obligaciones pecuniarias, excepto el bono de prenda y el certificado de depósito, que no contienen prestaciones en dinero, pero que consagran una obligación muy especial: el bono de prenda constituye el derecho real prendario para la garantía de determinada obligación, y el certificado de depósito para amparar la propiedad de los objetos depositados. Fuera de estos dos títulos de crédito, todos los demás sólo se refieren a prestaciones en dinero; la letra de cambio, por ejemplo, sólo puede ser por dinero; el cheque, el pagaré, etc., lo mismo. En cambio, los documentos civiles pueden ser en dinero, en cosas, en servicios, e incluso en obligaciones de no hacer.

¿Con fundamento en qué artículo podría decirse que el documento redactado en la siguiente forma, es un título de crédito?: "Me obligo a entregar al portador, cien cargas de maíz". La ley enumera los títulos

de crédito: no es letra de cambio, ni cheque, ni pagaré, etc., ni ninguna de las formas expresamente enunciadas. Independientemente de que no tiene la mención literal requerida, no encaja en las formas específicas que reglamenta la ley de la materia. En cambio, sí cae en la definición general del Art. 1873 ya transcrito, y la importancia práctica de la validez de estos documentos es enorme, porque en el comercio y en la vida civil encontramos frecuentemente que por ignorancia, por rapidez en las transacciones, por sencillez en las fórmulas, se redactan documentos de esta naturaleza: "Entregaré a la orden de fulano, tal cosa". Este es un documento válido civilmente, que engendra, previo reconocimiento de la firma, una acción ejecutiva; basta con que se prepare la vía ejecutiva civil, pidiendo la confesión del deudor, o el reconocimiento de su firma, para que se despache la ejecución y se obligue al deudor a entregar la cosa que se consigna en el documento, o se le requiera de pago por la cantidad importe del mismo.

Si se acepta la tesis de Borja Soriano, se llegaría a la siguiente conclusión: no es título de crédito ese documento, porque no está reconocido en la ley dentro de las formas específicas, ni contiene las enunciaciones literales imperativamente exigidas para cada título; tampoco puede ser documento civil, porque se parte del falso supuesto de que se han derogado las disposiciones respectivas del Código, que admiten que por declaración unilateral de voluntad, una persona puede obligarse emitiendo documentos civiles a la orden o al portador.

En cambio, si se acepta la tesis derivada de los argumentos expuestos, tendrá aplicación constante en la práctica, como lo demuestra la costumbre en los tribunales, en la ejecución de estos documentos, preparando la vía ejecutiva civil correspondiente o la vía ordinaria si el documento no contiene deuda líquida y plazo cumplido (Art. 202 del Código de Procedimientos Civiles); pero sin discutirse sobre la validez de la obligación nacida civilmente de una declaración unilateral de voluntad.

Afirmamos por nuestra parte, que sólo son títulos de crédito los documentos que contengan las menciones y llenen los requisitos señalados por la ley de la materia, y que ésta enumera expresamente, pues así lo da a entender su artículo 14. Es decir, en rigor, si los documentos no producen efectos como títulos de crédito, por la falta de ciertas menciones o de los requisitos exigidos imperativamente, no serán en realidad títulos de crédito, máxime que el artículo 5o. los define como: *"los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna"*. Según este precepto, el título de crédito además del carácter

de literalidad que ya estudiamos, y que no existe en los documentos civiles a la orden o al portador, se caracteriza porque es *necesario para ejercitar el derecho literal que en él se consigna.*

Relacionando los artículos 5o. y 14 de la mencionada Ley se desprenden las siguientes conclusiones: a) *Que no todos los documentos a la orden o al portador son títulos de crédito;* b) *Que sólo lo serán aquellos documentos a la orden o al portador que se reputen por la ley como necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigne, y* c) *Que la ley exige para tal efecto, que los citados documentos contengan las menciones y llenen los requisitos señalados imperativamente por la misma, pues de lo contrario no producirán efectos como tales y, en consecuencia, no serán documentos bastantes para ejercitar el derecho literal consignado en los mismos.*

CAPITULO III

Formas Innominadas de Declaración Unilateral de Voluntad

1.—*Enumeración.*—Las formas innominadas de declaración unilateral de voluntad, son las siguientes: a).—El acto dispositivo unilateral gratuito; b).—La oferta libre a persona indeterminada y c).—La promesa abstracta de deuda.

2.—*Acto dispositivo unilateral gratuito.*—Hay acto dispositivo cuando una persona transfiere bienes o valores. En el testamento hay una disposición mortis causa. En el caso que nos ocupa, se trata de un acto unilateral que va a surtir sus efectos durante la vida de su autor. Es decir, no se celebra un contrato, ni se reconoce una deuda; se ejecuta un hecho que implica la renuncia a un valor, por la entrega que se hace a otra persona. El acto dispositivo puede ser gratuito u oneroso, o simplemente remuneratorio, según las miras del que lo ejecute. Una persona puede desprenderse de un bien y dejarlo en el domicilio de otra, por su simple declaración de voluntad; no se trata de un contrato de donación, puesto que hay una sola voluntad; pero una vez ejecutado el acto de disposición, la voluntad unilateral ha dado nacimiento a una obligación, que se traduce en el respeto que la persona debe guardar a lo que ella misma realizó.

Nuestro derecho positivo no contiene ninguna norma especial relativa a este acto dispositivo; pero tampoco podemos incorporarlo a otra clase de actos, y decir que existe un contrato de donación, y que éste no se forma si el presunto donatario rehusare; pues la transferencia del bien simplemente se realiza por su entrega material. Síguese lógicamente de aquí, que este acto de disposición únicamente puede referirse a bienes corporales o cosas; en efecto, no comprende a los derechos; para cuya transferencia es necesaria la aceptación del cesionario.

En el derecho positivo se reglamentan los actos dispositivos contractuales: la trasmisión de la propiedad encuentra especial regulación en los contratos translativos de dominio, que son la compraventa, la permuta, el mutuo, la donación y la sociedad, cuando se hacen aportaciones de dominio.

Además, existe el acto dispositivo unilateral, que se traduce en la ejecución directa, mediante entrega de la cosa, sin esperar la aceptación del adquirente. En esto se distingue el acto dispositivo unilateral, del contrato, pues la entrega no es consecuencia de un acuerdo sino que se presenta como obra de la voluntad del dueño o poseedor de la cosa, que sin esperar respuesta de la otra parte, deja en su domicilio un bien, con el ánimo de hacer una liberalidad. El acto debe ser gratuito: si fuera oneroso, implicaría por lo mismo un acuerdo de voluntades, para que el enajenante recibiera un valor del adquirente, a título de contraprestación. El acto dispositivo unilateral gratuito, es aquel en el que no se espera la conformidad de la otra parte, ni se realiza acuerdo de voluntades. Incluso puede ejecutarse callando el nombre del que lo ejecuta, como sucede en ciertas obras de beneficencia; es un acto unilateral, en virtud de que una vez entregada la cosa, no puede revocarse la transferencia, y por qué ésta no depende del consentimiento o aceptación del beneficiario; si así fuese, podría retirarse la cosa entre tanto no haya aceptación, lo cual no sucede. Como el derecho no puede prohibir un acto lícito de esta clase, como no hay lesión de intereses de terceros, ni violación de normas de derecho público o de buenas costumbres, el acto indiscutiblemente tiene validez

Como primer fundamento serio de esta tesis para la legislación del Distrito Federal, tenemos en nuestro derecho positivo el art. 1859 del Código Civil, precepto ya estudiado, que permite extender las normas de los contratos a otra clase de actos, en cuanto no se opongan a su naturaleza o a disposiciones especiales de la ley. Podemos, pues, aplicar analógicamente el principio de que en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la propiedad se trasmite por mero efecto del contrato;

así pues, en los actos dispositivos unilaterales, la transferencia se operará en virtud del acto mismo; no hay precepto legal que lo prohiba, no hay ilicitud ni imposibilidad jurídica, pues se está de acuerdo con el principio de que la persona es libre para disponer de sus bienes. Comentando el problema, Schapp opina en su "Nueva Ciencia Jurídica" que, conforme al Código Civil alemán, el acto de disposición unilateral está restringido por el artículo 305 del mismo ordenamiento. Sin embargo, aunque exista ese artículo que equivale a una prohibición expresa, desde el punto de vista jurídico y por lo que se refiere a nuestro derecho, no hay inconveniente para permitir el acto de que tratamos, ya que no hay lesión a terceros, ni ilicitud. Schapp presenta el ejemplo de un explorador del Polo Norte, quien, por su conocimiento de la región, teme no volver, y dispone que si no regresa en dos años, aun cuando todavía viva, sus bienes pasarán a sus parientes. Estamos en presencia de un acto muy semejante al testamento, pero tropezamos con problemas jurídicos especiales. Por testamento, sí podría disponer de sus bienes por acto unilateral; pero en vida, un acto así no tendría eficacia si aplicamos estrictamente el artículo 305 del Código alemán, ya que este caso está fuera de los previstos por la ley y, especialmente, no se trata de una fundación, caso este último en el que el acto sí produciría efectos.

Sin embargo, teóricamente, dicho acto debe ser eficaz y más en los derechos en que expresamente no está prohibido, y que tienen, como el nuestro, un artículo como el 1859. El legislador no se atreve a dar nombre a este negocio jurídico unilateral. Schapp lo llama *disposición;* esta palabra tiene la ventaja de ser muy usada en el derecho público y en el derecho sucesorio.

Si esto opina Schapp para el derecho alemán, indiscutiblemente nosotros podemos opinar que en el derecho mexicano, sí existe válidamente el *acto unilateral dispositivo gratuito.*

Además, el Código alemán no permite, sino por contrato, la renuncia de un derecho; la remisión es un contrato por el que una persona renuncia los derechos que tiene respecto de otra, si ésta acepta. Para la irrevocabilidad de la renuncia, es menester el contrato. En cambio, en nuestro derecho, la renuncia es un acto jurídico unilateral; aun cuando el deudor no acepte o acepte posteriormente, el renunciante no puede alegar revocación; la renuncia es un acto dispositivo, pero no es fuente de obligaciones, sino medio de extinción de las mismas; lo esencial está en que se reconoce autonomía al que ejecuta un acto dispositivo unilateral gratuito, tanto en su forma extintiva de obligaciones como en su forma creadora de derechos.

3.—*Oferta a persona indeterminada.*—La oferta a persona indeterminada es la segunda forma innominada de la declaración unilateral de voluntad. Podemos considerar a la oferta a persona determinada, como la forma nominada que nos servirá de tipo, para aplicar por analogía sus reglas a la oferta libre a persona indeterminada, a fin de fundar los requisitos de ésta.

Por lo que se refiere a la oferta a persona determinada, encontramos una radical diferencia entre el sistema del Código de 1884, y el del vigente; en aquél, la oferta a persona determinada no era propiamente una declaración unilateral de voluntad que pudiera ser fuente de obligaciones, pues el oferente, aun cuando hiciera una manifestación unilateral, ésta no era obligatoria en sus propios términos, sino que podía retractarse; la retractación, durante el plazo fijado, o antes del cumplimiento del plazo legal, obligaba al oferente a pagar daños y perjuicios, pero no lo constreñía a celebrar el contrato prometido. Por esto, dicha declaración unilateral no era propiamente una fuente; si lo hubiese sido, la retractación hubiera sido inoperante. Como sólo se decretaba para ese caso el pago de daños y perjuicios, la obligación nacida se explicaba como consecuencia de un acto ilícito, que es otra fuente especial de obligaciones, distinta de la declaración unilateral.

En el Código vigente, el sistema cambia totalmente; la retractación es inoperante, ya no se decreta el pago de daños y perjuicios, sino que se admite la consecuencia lógica del principio de obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad: el oferente debe celebrar el contrato ofrecido en los términos de la oferta, y es inoperante toda retractación.

Para la *oferta libre a persona indeterminada,* cabrían dos soluciones en el actual Código:

I.—Teoría de la culpa.—Comprende la solución clásica, que sigue la regla de la responsabilidad subjetiva: si el oferente se retracta, comete un hecho ilícito, y está obligado al pago de daños y perjuicios: *"El que obrando ilícitamenete, o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima"* (Art. 1910). En esta solución, se considera a la oferta libre con las tres características siguientes: a).—Como un caso no previsto; b).—Como forma completamente desvinculada de la declaración unilateral de voluntad, y c).—Como forma a la que no podríamos aplicar las reglas de la oferta a persona determinada. El acto ilícito de la retractación, engendra la obligación de pagar daños y perjuicios, pero no la de celebrar el contrato.

Esta es la solución que, conforme a la teoría dominante se ha reconocido: dado el criterio de rechazar las formas innominadas, el único recurso legal sería demostrar que hubo dolo o culpa en el oferente, para causar daños y perjuicios, sin ninguna utilidad: *"Cuando al ejercitar un derecho, se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho"* (Art. 1912). En este caso, habría dolo para provocar determinados daños, con la premeditada intención de retractarse; habría el ejercicio de un derecho, pero existiría al mismo tiempo el dato subjetivo de hacelo con el fin de causar daño, y el dato objetivo de la carencia de toda utilidad para el titular.

II.—Teoría de la voluntad unilateral.—La primera solución, aun cuando generalmente se considera como la más fundada, no puede ya mantenerse ante el art. 1859 del Código vigente. No sólo existe este precepto, sino también disposiciones sobre la oferta a persona determinada, las cuales, pueden aplicarse analógicamente a la oferta libre. En el mismo caso están las disposiciones sobre el contrato preliminar o antecontrato. El que promete celebrar un contrato, tiene una obligación de hacer, y la otra parte puede exigir el cumplimiento efectivo, y no sólo el resarcimiento de daños y perjuicios.

Art. 2243: *"Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro"*. Art. 2245: *"La promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido"*. Art. 2247: *"Si el promitente rehusa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez, salvo el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe,* pues entonces la promesa quedará sin efecto, siendo responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte".

De lo expuesto se desprende que en el Código de 1884, se protegía el interés del oferente, quien podía revocar su oferta, indemnizando daños y perjuicios, si los causaba por dolo o culpa; fundamentalmente se protegía el interés del oferente, porque el del aceptante todavía no se había perfilado, dado que la revovación se presentaba antes del contrato, es decir, antes de la aceptación. Por esto se decía: una vez hecha la aceptación, hay contrato y no puede revocarse. Pero antes, en realidad, sólo hay un interés, el del oferente, y si causa daños, debe indemnizarlos. Por un cambio de estimación, desde el punto de vista de los intereses en con-

flicto, el Código en vigor, siguiendo al suizo, considera que la psicología pública requiere la seriedad de las ofertas; que debe hacerse honor a la palabra empeñada; que una vez que se lanza una policitación, se crea un derecho, antes de que se acepte. Por consiguiente, la seguridad dinámica —como diría Demogue— está interesada en que las ofertas sean serias. El comercio se funda en la buena fe que requiere el respeto de las promesas hechas al público. Pues bien, si basta el interés de un sujeto determinado a quien se dirige la oferta, antes de que la acepte, con mayor razón, cuando se provoca no el interés de una persona, sino de un conjunto de personas, cuando se está materialmente excitando al público a base de ofertas, que originan una serie de gastos para aquellos que preparan nuevos negocios; que fincan, en una palabra, esperanzas legítimas. Aquí nuevamente la psicología pública exige que las ofertas sean respetadas, con tanta mayor razón, cuanto que se hacen al público; hay, por consiguiente, por un lado el interés del oferente y, por otro, el de un conjunto de personas que han tomado en cuenta la oferta.

Por lo tanto, si el Código obliga en un conflicto entre el oferente y un posible aceptante, a que se mantenga la oferta, con mayor razón debe obligar cuando puedan lesionarse gran número de intereses. Es decir, no contrariamos la base jurídica del nuevo sistema, sino al contrario, marchamos de acuerdo con ella, si ponemos en juego no un interés privado a otro, sino un conjunto de intereses que resultarían perjudicados, si las ofertas no fuesen mantenidas. En este sentido René Demogue, (no obstante que el Código francés no menciona el caso de oferta pública de venta, ni el de la hecha entre ausentes), estima que por razones de seguridad jurídica, para dar seriedad a las ofertas en el comercio, debe obligarse a que éstas sean sostenidas. No sólo hay la oferta pública de venta, que es la que generalmente emplea el comerciante a través de diferentes medios de publicidad, también tenemos la de compra, la de arrendamiento, la de préstamo, etc. León Duguit, asimismo nos da una base para sostener que las ofertas al público, cualquiera que sea la naturaleza del contrato, sean obligatorias. Considera que en la actualidad desaparecen los derechos subjetivos ante los fines sociales que son los que verdaderamente deben protegerse como manifestaciones de las distintas funciones sociales, creando así las obligaciones y facultades. Por ejemplo, se protegen la propiedad por el fin que cumple; el propietario desempeña una función social y, como consecuencia, se le imponen obligaciones reconociéndole las facultades necesarias para cumplirlas.

Para nuestro problema concreto, las ofertas al público deben garantizarse jurídicamente, por los fines sociales que persiguen, porque el de-

recho no puede tolerar la burla al público a través de ofertas, sino al contrario, debe fomentar la seriedad en los negocios, dar las bases necesarias para que el crédito, alma del comercio, sea respetado, y sólo cuando sean obligatorias las ofertas que se hagan por cualquier medio de publicidad, será posible cumplir con esos fines sociales.

4.—*Promesa abstracta de deuda.*—Creemos que se puede caracterizar esta forma, tomando como tipo los títulos a la orden y al portador, para buscar una especie análoga que el Código Civil no ha regulado y que sí implica, como en aquellos documentos, una obligación nacida de declaración unilateral de voluntad. *Esta especie análoga sería la promesa abstracta de deuda a persona determinada.*

Por el contrario, los títulos a la orden y al portador son promesas abstractas de deuda a persona indeterminada. Se trata de una situación opuesta a la que estudiamos anteriormente. Dijimos entonces que el Código regulaba la oferta a persona determinada, pero no la relativa a persona indeterminada, y que por analogía había que buscar elementos para considerar también obligatoria la segunda forma. Ahora nos encontramos con que el Código acepta la promesa abstracta de deuda a persona indeterminada, supuesto que por la naturaleza del documento, puede transferirse por entrega, o mediante endoso, de tal suerte que el subscriptor está obligado a pagar al endosatario y, sin embargo no regula la promesa abstracta a persona determinada. En cambio, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito sí distingue tres casos: documentos al portador, a la orden y estrictamente nominativos, es decir, extendidos a sujetos determinados, que sólo se pueden transferir por cesión ordinaria, no por endoso. El deudor se obliga ante un sujeto determinado, y éste acreedor, como cualquier otro, puede ceder sus derechos, pero no por endoso. Creemos que si el Código acepta el caso más complejo, o sea, la expedición de documentos civiles a la orden y al portador, es evidente que tendrá que darle fuerza obligatoria al documento otorgado a persona determinada, es decir, a la promesa abstracta de deuda. El deudor no declara por qué debe; simplemente declara que debe, por eso es promesa abstracta: debo un mil pesos a B; no digo que los debo por una compraventa, por un préstamo, por una responsabilidad civil. En este sentido, el Código de 1884 decía que el juramento o promesa que lo substituyera no generaba obligación, si no había una causa legal en que se fundara esa promesa o juramento. Bajo la legislación anterior, no bastaba decir debo un mil pesos, sino agregar: debo un mil pesos por préstamo que me hizo B, o por saldo de una compraventa, etc. El Código actual, suprimió esa exigencia del

Código de 1884, lo que quiere decir que la promesa abstracta sí es válida. Puede el deudor obligarse declarando simplemente su obligación, sin expresar la fuente, y esto por una razón elemental: nadie se obliga sin causa. Por lo tanto, el acreedor tiene ya una presunción indiscutible de que si posee un documento en el cual se consagra una obligación, el deudor tiene y ha tenido una causa legítima para obligarse, incluso puede aceptarse el acto a título gratuito, la liberalidad que quiso hacer el subscriptor del documento consignado una obligación, sin expresar la causa. Precisamente, los títulos a la orden y al portador son promesas abstractas de deuda, porque no se vinculan a una fuente determinada, ni dependen de ella, sino que quedan separados de la causa que en realidad haya generado a la obligación. Esta existe, pues cualquiera que sea la razón que medie para que alguien otorgue un documento a la orden o al portador, tenemos que partir de una fuente. Podrá ser, como frecuentemente ocurre, el pago de una deuda por contrato, o de una responsabilidad por daños causados, o una liberalidad que se otorga con el deseo exclusivamente de hacerla. La ley admite una excepción en las deudas provenientes de juego prohibido, cuando se expiden esa clase de documentos, pues prohibe su pago al ganancioso, excepto cuando han entrado a la circulación, caso en el cual sí será responsable el que los subscribió. También la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito consagra las promesas abstractas de deuda en los títulos a la orden, al portador y en los nominativos.

Formulada la base anterior que consideramos esencial para poder buscar la analogía que pretendemos en cuanto a los documentos nominativos que contengan una promesa abstracta de deuda, estimamos que no habrá dificultad para admitir que, si el Código Civil regula documentos a la orden y al portador, también acepte con validez jurídica documentos nominativos que contengan una promesa abstracta de deuda y que, por lo tanto, nazcan de una declaración unilateral de voluntad.

En el Código Civil alemán, se reglamenta la promesa abstracta de deuda por el Art. 780, que dice así: "Todo contrato por el cual es prometida una prestación, de tal manera que la promesa deba fundar por sí misma la obligación (promesa de deuda), exige para su validez, en la medida en que una forma diferente no sea requerida, que la promesa sea hecha en forma escrita". Este artículo tiene interés, porque demuestra que el derecho alemán reconoce la posibilidad de que alguien se obligue sin mencionar la causa, sin precisar por qué se obliga, sin señalar delito, o alguna otra fuente extracontractual.

Una vez desvinculada la obligación de su fuente, tiene validez en sí misma, y el acreedor de la promesa abstracta de deuda, no tiene ya que

demostrar que existió una fuente o causa especial y eficaz. Será el deudor si no hubo causa, o si la fuente fue ilícita el que deberá demostrar el enriquecimiento ilegítimo, o la ilicitud del acto. Como la promesa tiene validez en sí misma, podemos considerar que en ella hay una verdadera declaración unilateral de voluntad: el deudor se obliga por su simple deseo, sin que sea menester que justifique su obligación, invocando un contrato o alguna fuente extracontractual; el deudor declara deber, y esta declaratoria puede tener una causa contractual, o una causa extracontractual, o puede no tener causa; en los tres casos, el derecho le da validez. Lo que debe demostrar el acreedor, es la existencia de la promesa hay una presunción juris tantum de que el deudor se obligó legalmente.

En el derecho alemán, sólo se admite como excepción, el enriquecimiento ilegítimo, motivado por error de hecho o de derecho; pero si no hay error, ni enriquecimiento ilegítimo, basta la simple promesa abstracta, aún sin causa.

Ya hemos dicho que en nuestro derecho, en el Código de 1884, el Art. 1281 disponía: "El juramento no producirá ningún efecto legal en los contratos: y jamás en virtud de él, ni de la promesa que lo substituya, podrá confirmarse una obligación, si no hubiere otra causa legal que la funde". En este precepto, no sólo se hablaba de la promesa abstracta, sino también del juramento. La costumbre de jurar, reconociendo la existencia de una obligación, o la promesa solemne, fueron abolidas por el Art. 1281: siempre debería expresarse, en adelante, la causa legal o fuente de la obligación. Pero el Código vigente suprimió este artículo, y, como además, tampoco habla de la promesa abstracta de deuda, tenemos el problema de determinar si dicha promesa es obligatoria en nuestro actual derecho.

Es significativo que el Código de 1928 haya suprimido un artículo como el 1281: ello demuestra en el legislador, la intención de reconocer, en general, las promesas de deuda; existe aquí la aplicación lógica del principio procesal de que la prueba incumbe al que niega una presunción legal o humana, como ocurre en el caso de que se desconozca la promesa hecha en favor de un tercero, pues es lógico que el que promete, alguna causa tiene; pero ello no impide que la declaratoria pueda ser unilateral y gratuita. Por tal motivo, cuando el acreedor demanda el pago, no está obligado a probar otra cosa que la promesa. En cambio, si el deudor niega, tiene que probar un hecho positivo: por ejemplo, que hubo un enriquecimiento ilegítimo motivado por error, ya que su negativa implica el desconocimiento de un hecho cierto y de una presunción humana.

La promesa abstracta de deuda debe ser considerada como una forma innominada de la declaración unilateral de voluntad, entre tanto se mantenga la presunción juris tantum de que la promesa es válida por sí misma, y mientras no se pruebe que hubo una causa especial que la motivara. Pero si en juicio se demuestra que hubo una fuente determinada a ella, y no a la declaración unilateral de voluntad se recurrirá para explicar la obligación. En los casos en que no haya controversia, bien por cumplimiento voluntario de la promesa, bien porque el deudor no oponga la excepción de falta de fuente o de enriquecimiento ilegítimo, la sentencia declarará la validez de la promesa, fundándose en la simple declaración unilateral del que la hizo. El juez no puede de oficio, invocar la excepción única de enriquecimiento ilegítimo, para destruir la fuerza obligatoria de la promesa abstracta de deuda. Basta aplicar el sistema procesal: en la sentencia se tiene que partir de la validez de la promesa como acto unilateral si no se suscita controversia. En el cumplimiento voluntario, el pago hecho es eficaz: no puede haber repetición de lo indebido, excepto si se demuestra plenamente el pago por error; pues alguna explicación deben tener: 1.—La validez de la promesa; 2.—La eficacia del pago. Como no hubo controversia, y por lo tanto pasó la posibilidad de que el deudor invocara el enriquecimiento ilegítimo, la única fuente que explica la obligatoriedad de la promesa, es la declaración unilateral de voluntad.

En los casos en que el deudor pueda oponer la excepción de enriquecimiento ilegítimo, debemos distinguir entre aquellos que suponen una situación semejante a la del pago de lo indebido (situación en la que el deudor declara deber por error en la persona del acreedor, o en la existencia misma de la deuda), y aquellas otras hipótesis en que el deudor, a sabiendas y con el deseo de hacer una liberalidad, declara deber cierta cantidad. Los casos de error sí deben reconocerse como excepciones a la obligatoriedad de la promesa abstracta de deuda: pues el Código Civil ordena que cuando se ejecute un pago por error, existe el derecho de exigir la restitución de lo pagado.

TITULO II

EL TESTAMENTO Y LA SENTENCIA COMO FUENTES DE OBLIGACIONES

CAPITULO I

El Testamento como Fuente de Obligaciones

1.—*Cómo debe estudiarse el testamento en materia de obligaciones.*—En el derecho hereditario, se estudia el efecto principal del testamento, digamos su efecto normal, consistente en operar una transmisión a título universal o particular, según se instituyan herederos o legatarios.

El testamento puede producir las cuatro grandes consecuencias a que nos hemos referido en los actos jurídicos: crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. El derecho hereditario debe hacer el análisis completo de esas cuatro grandes consecuencias, dedicando especial atención a las de transmisión.

En materia de obligaciones, debe enfocarse la cuestión sólo desde el punto de vista del efecto constitutivo del testamento. Nos preocupará exclusivamente determinar cuáles son los derechos de carácter personal que puedan crearse por dicho acto; los derechos de carácter real que también puede originar el testamento, deben ser estudiados al tratar de los derechos reales. En cuanto a los efectos de modificación y extinción de las facultades y deberes, su análisis interesa tanto al derecho hereditario, cuanto a la teoría de las obligaciones, pues el testamento puede modificar o extinguir derechos reales o personales.

La transmisión a título universal o particular, que es la que constituye el principal fin del testamento, queda, por consiguiente, fuera del alcance de nuestro estudio. *Desde luego, la transmisión que se opera al instituir herederos, es típicamente un efecto de traslación; no podemos encontrar en ella la creación o modificación de derechos.*

2.—*La institución del legado es fuente de obligaciones.*—Cabría pensar sólo si en la institución del legado, es decir, en la transmisión a título particular, se comprenden efectos que no son sólo traslativos, sino también de constitución de derechos y aquí es en donde conviene hacer la primera distinción importante, entre el derecho hereditario y el derecho de las obligaciones, para el estudio del testamento. Comúnmente se acostumbra decir que el testamento, en la institución del legatario, opera una transmisión a título particular, es decir, que el legatario siempre es adquirente de bienes o derechos determinados. *Si esto fuese exacto, entonces el legado no podría nunca implicar la creación de derechos, sólo la transferencia de los mismos, al legatario.* Pero aun cuando se define a éste como un adquirente a título particular, no es verdad que el legado implique pura y exclusivamente una transmisión de bienes o derechos determinados. Tenemos legados típicos de transmisión, aquellos que recaen sobre cosa cierta y propia del testador, ques el legatario, por un precepto expreso, adquiere la propiedad y posesión de la cosa legada desde el día y hora de la muerte del de cujus. Sin embargo, aun en este legado, encontraremos creación de obligaciones, porque el heredero responde del legado (o la sucesión en su caso, cuando el legado grava toda la herencia), y tiene la obligación, primero, de conservar la casa legada; segundo, de entregarla; tercero, de responder de su dolo o culpa; cuarto, de pagar el precio de la cosa, si ésta perece por causa que le sea imputable.

Independientemente de este legado, que se considera como típico de transmisión de la propiedad a favor del legatario y en el cual, no obstante, hemos encontrado obligaciones, tenemos los legados de constitución de derechos y, también, los legados de extinción y de modificación. Por lo tanto, no es exacto que el legatario siempre sea un adquirente a título particular, en el sentido de que sólo se opera una transmisión de bienes y derechos. Es decir, no siempre es un sucesor, pueden crearse nuevos derechos que no existían incluso en el patrimonio mismo del autor de la herencia; o pueden constituirse por voluntad del testador derechos nuevos, que no van a transmitirse, sino que tendrán su nacimiento a partir de su muerte, según vamos a explicar.

3.—*El legado de la cosa ajena.*—Existe el legado de cosa ajena, que es válido cuando el testador sabe que la misma no le pertenece y ordena al heredero responsable del legado (al albacea cuando el legado es a cargo de la herencia o a otro legatario a quien se pueda imponer dicho legado), que se adquiera la cosa ajena y que se entregue al bene-

ficiario. En este caso, no podemos decir que hay una transmisión de un derecho del testador al legatario, supuesto que se trata de una cosa ajena. Evidentemente que el testador no va a crear derechos en el legatario, a costa de terceros; pero desde el punto de vista de la facultad que otorga a aquél, confiriéndole un derecho que antes no existía en el patrimonio del testador, sí hay un efecto constitutivo; para llegar a este resultado se tienen que crear obligaciones a cargo del responsable del legado. Este sujeto, que puede ser la sucesión representada por el albacea, un heredero o un legatario, tiene la obligación de comprar la cosa ajena y aquí se tipifica una obligación especialísima en el derecho, consistente en celebrar un contrato de compraventa, es decir, se crea una obligación de hacer, pero que se va a referir a un acto jurídico, adquirir la cosa, como en el antecontrato, que impone en el promitente el deber de concertar el contrato prometido.

Pues bien, esta primera obligación tiene su fuente en el testamento, y para que pueda cumplirse caben dos hipótesis: que la cosa ajena se adquiera o el dueño de la misma no esté dispuesto a enajenarla. Si la cosa es adquirida, entonces el legatario tiene derecho a que se le entregue. Por consiguiente, el legatario es acreedor antes de la adquisición, a una cosa o su equivalente; como no es dueño, ni puede serlo, en tanto no haya sido adquirida la cosa, el testamento produjo entonces el efecto de crear un derecho de crédito en el legatario, para que se adquiera la cosa ajena y una vez adquirida, el legatario se convertirá en dueño de la misma, pero éste es un efecto posterior. Si la cosa no es enajenada por su dueño, entonces el legatario sigue siendo acreedor, pero del equivalente y aquí ya no se opera esa transformación de un derecho de crédito en un derecho que después será de propiedad; el legatario, entonces es acreedor al equivalente, que será determinado por peritos, para que a cargo de la herencia o del heredero responsable del legado, se le pague el valor de aquella cosa ajena.

4.—*Legados de dar y legados de hacer.*—Pero no sólo en los legados de cosa ajena es evidente la constitución de derechos. Podemos comprobar que en general el testamento es fuente de obligaciones, y para ello deben distinguirse legados de cosas y legados de hechos. Para nuestro propósito, los legados de cosas los dividiremos en legados de cosas ciertas y determinadas y legados de cosas determinables. Los legados de cosas ciertas y determinadas transmiten la propiedad al legatario; no hay efecto creador de un derecho de crédito, pero entre tanto se entrega la cosa, el legatario sí es acreedor en el sentido de que

el heredero o la sucesión, representada por el albacea, deben entregar la cosa al legatario; deben responder de los daños y perjuicios que causen por culpa en la custodia y pagar el valor de la cosa, si perece por hecho imputable al responsable del legado. Si el legado es de cosa determinable, no se transmite la propiedad al legatario en el momento de la muerte del testador; el legatario simplemente es acreedor a que se le entregue una cosa que se va a determinar según ciertas reglas del Código Civil, que por el momento no nos interesan. Es acreedor de cosa determinable; no hay aquí ningún efecto traslativo a pesar de que hay una institución a título particular; el testador en este caso, crea, por virtud del legado, un derecho de crédito en favor del legatario, para que el heredero responda del legado, elija cosa de mediana calidad y se la entregue, a no ser que el testador haya dado el derecho de elección a aquél. En los legados de hechos o servicios, típicamente se crea un derecho de crédito. El legatario es acreedor a una prestación de hacer; en los legados de cantidad, también se crea un derecho de crédito para que se entregue al legatario la suma objeto del legado y se realicen los actos necesarios para obtener esa suma, dentro de las posibilidades de la herencia.

"El efecto de los legados o fideicomisos del derecho justinianeo, cualquiera que sea la forma que adopten, es siempre imponer al heredero la obligación de ejecutarlos, la cual hállase sancionada por la acción personal del legado —así suele llamarla el Corpus juris: actio legati—. Si el testador lega directamente la propiedad u otro derecho real sobre una cosa que forma parte de la herencia, el legatario adquiere, además, sin que el heredero se lo transfiera, el derecho real legado; y la misma adquisición inmediata se produce en el legatum nominis o legado de crédito, según rescripto de Dioclesiano conservado en el Corpus juris (C. 6, 37, 18)". (Rodolfo Sohm, Instituciones de Derecho Privado Romano, México, 1951, pág. 354).

5.—*Obligaciones que nacen en los legados de dar.*—Según lo expuesto, podemos concluir que el testamento es fuente de obligaciones, pero sólo en la institución del legado, y que las obligaciones serán distintas según se trate de legados de hacer o de dar. Asimismo, para esta última categoría, indicamos que se generan distintos deberes jurídicos, tomando en cuenta que los legados de dar pueden recaer sobre cosas ciertas y determinadas y, por lo tanto, ser traslativos de dominio, o bien, referirse a cosas no determinadas individualmente, caso en el cual la situación jurídica cambia, por cuanto que el responsable del legado no sólo tiene la obligación de custodiar y entregar una cosa, sino que el legatario es un verdadero acreedor de un valor, mientras no se le haya transmi-

tido la propiedad. Por lo tanto, se encuentra en una condición idéntica a la del acreedor de cosa determinable. Las obligaciones fundamentalmente consisten en entregar la cosa que resulte indeterminada, bien sea por elección del heredero o del legatario, si a éste se le ha dado ese derecho por disposición testamentaria. Además, el responsable del legado tiene la obligación de custodiar la cosa y si ésta perece, aun cuando sea por caso fortuito o fuerza mayor, debe entregar cosa del mismo género y calidad. En efecto, los géneros nunca perecen; por consiguiente, el deudor de un legado de cosa no determinada individualmente, no queda liberado por su pérdida, ocurrida por caso fortuito o fuerza mayor, sino que en todo caso deberá entregar la cosa equivalente y esto porque antes de la determinación, se trata de un bien que no está determinado individualmente. Por ejemplo, se deja en legado un caballo a cargo del heredero A. En la herencia existen varios caballos o pueden no existir. En ambos casos, el legado es válido, pero si perece por caso fortuito o fuerza mayor uno de los caballos de la masa hereditaria, no puede decirse que el legatario sufra la pérdida dado que no estaba determinado el bien que habría de entregársele. Una vez hecha la elección, sí aplicaremos a estos legados la regla general que existe para las obligaciones de dar cosa cierta, es decir, ésta perecerá para su dueño, pues el legatario adquirió la propiedad, una vez que se determinó. Si se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, aun cuando no la hubiera recibido el legatario, él sufre la pérdida. Si perece por culpa del heredero o del albacea, entonces aplicamos las reglas de la responsabilidad por culpa y deberá indemnizarse el valor de la cosa.

6.—*Aplicabilidad del régimen de las obligaciones de dar a los legados.*—A efecto de comprobar que el Código Civil expresamente aplica a los distintos legados que regula, el régimen de las obligaciones de hacer o de dar, mencionaremos los preceptos más importantes sobre esta materia.

Artículo 1392.—*"El legado puede consistir en la prestación de cosa o en la de algún hecho o servicio".* Aquí tenemos reconocida la división fundamental de legados de dar con prestación de cosas y legados de hacer. Nótese que el artículo emplea el término prestación, que en el derecho significa la obligación que asume el responsable del legado de dar una cosa o de realizar un hecho. El sujeto pasivo de esta obligación que nace en un legado de dar o en un legado de hacer, está determinado por el artículo 1394. *"El testador puede gravar con legados no sólo a los he-*

rederos sino a los mismos legatarios". Además, puede gravarse con legado a la sucesión integrada por todos los herederos. Esto ocurre cuando el testador dispone, por ejemplo, que se entregue al legatario X la cosa Z, No dice que determinado heredero o legatario deberán hacer la entrega, sino que grava a toda la herencia, supuesto que el legado se constituye sin designar sujeto responsable. Lo que equivale a considerar como sujetos responsables a todos los herederos. Es decir, el legado merma la masa hereditaria, pues está a cargo de ella. En los artículos 1421 a 1426, se aplica el régimen de las obligaciones alternativas a los legados alternativos y esto nos demuestra que sigue la ley fundándose en el sistema de las obligaciones para aplicarlos a la materia de los legados. Dice, por ejemplo, el artículo 1421: *"En los legados alternativos la elección corresponde al heredero, si el testador no la concede expresamente al legatario"*; así como en las obligaciones alternativas, la elección corresponde al deudor, y en el caso, el heredero es el deudor.

Art. 1423.—*"En los legados alternativos se observará, además, lo dispuesto para las obligaciones alternativas"*. Expresamente se remite la ley a ese sistema.

En seguida, una serie de preceptos aplican al caso de pérdida o deterioro de las cosas dadas en legado, el mismo sistema que la ley emplea o regula para las obligaciones de dar, presentándose así un nuevo punto de vista para comprobar que en el legado se crean obligaciones. Dice el artículo 1429: *"Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos pendientes y futuros, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa"*. Art. 1430:*"La cosa legada en el caso del artículo anterior, correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, y en cuanto a su pérdida, aumento o deterioro posteriores se observará lo dispuesto en las obligaciones de dar, para el caso de que se pierda, deteriore o aumente la cosa cierta que debe entregarse"*. El precepto al cual se remite el artículo 1430, se encuentra en el capítulo de las obligaciones de dar, y dispone que cuando la cosa perece por caso fortuito o fuerza mayor, si se trata de enajenación de bienes determinados, el dueño sufre la pérdida. Dice el Art. 2017: *"En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes:...V.—Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido"*. Hay una analogía de supuestos y de situaciones

jurídicas, dado que tanto en el legado de cosa cierta, como en su enajenación, se transmite la propiedad, en un caso, por efecto directo e inmediato del contrato, en el otro, en el momento mismo de la muerte del testador. Es decir, en ambas hipótesis se adquiere la propiedad de una cosa determinada, aun cuando no se tenga la posesión material y, por lo tanto, el dueño sufrirá la pérdida, si perece por caso fortuito o fuerza mayor. Para las cosas no determinadas individualmente, también se aplica otro precepto que rige en materia de obligaciones de dar, en el sentido de que sólo hasta que la cosa se determine y se haga, por consiguiente, cierta, perecerá a cargo del adquirente, del acreedor o del legatario en su caso.

Art. 1460: "*En el legado de especie, el heredero debe entregar la misma cosa legada; en caso de pérdida, se observará lo dispuesto para las obligaciones de dar cosa determinada*". En relación con este precepto tenemos la disposición del artículo 2022: "*Cuando la obligación de dar tenga por objeto una cosa designada sólo por su género y cantidad, luego que la cosa se individualice por la elección del deudor o del acreedor, se aplicarán en caso de pérdida o deterioro, las reglas establecidas en el artículo* 2017". Por consiguiente, cuando el legado recaiga sobre una cosa que sólo está determinada por su género y cantidad, hasta que la cosa se determine por elección del heredero o del legatario, se aplicará la regla contenida en el artículo 2017, para que la cosa perezca por cuenta y riesgo del legatario. Antes de la elección, la cosa perece por cuenta del heredero.

7.—*Conclusión.* De todos estos preceptos podemos desprender en consecuencia, *la conclusión de que el legado sí es fuente de obligaciones* y esta conclusión que parece no tener valor, lo adquiere si se reflexiona que *la doctrina no ha considerado que el testamento tenga esa función.* Es curioso observar que los tratados de derecho civil, al clasificar las fuentes de las obligaciones no incluyen al testamento. Sistemáticamente se repite que es el contrato, el hecho ilícito, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la responsabilidad objetiva, y la declaración unilateral de voluntad, para aquellos Códigos como el alemán, el suizo y el nuestro, que la han admitido. Pero no se menciona al testamento como fuente de obligaciones. Podemos aplicar toda la teoría del acto jurídico que hemos venido estudiando a propósito del contrato, para referirla a dicho acto. En él existen elementos esenciales y de validez. Los primeros son la manifestación de voluntad y del objeto, que debe ser po-

sible en sentido físico y jurídico. En los segundos tenemos la forma, la capacidad del testador, la ausencia de vicios que afecten su voluntad y la licitud en las disposiciones testamentarias. Por consiguiente, cuando afirmamos que el testamento es fuente de obligaciones, damos por supuesto que se han cumplido los elementos esenciales y de validez. Es decir, que se han observado las formas que exige la ley para su validez; que el testador tuvo capacidad para hacer las disposiciones testamentarias; que no hubo error, dolo o violencia en la manifestación de su voluntad y que el acto jurídico es lícito. Si el legado recayese sobre un objeto ilícito, en el sentido de prohibido por la ley, o se refiere a un hecho ilícito, a una prestación de hacer contraria a las leyes o a las buenas costumbres, entonces estará afectado de nulidad, como lo hemos visto para los contratos.

Observando, por consiguiente, todos los requisitos tanto esenciales, cuanto de validez, el testamento como el contrato, es fuente de obligaciones.

Además, a través del legado, se pueden originar los otros efectos, es decir, transmitir, modificar y extinguir derechos y obligaciones.

CAPITULO II

La Sentencia como Fuente de Obligaciones

1.—*Los actos jurisdiccionales como fuentes de derechos reales y personales.*—Los actos jurisdiccionales son indiscutiblemente fuentes de obligaciones y de derechos reales. Sin embargo, es importante hacer notar que la doctrina civilista no ha tomado en cuenta esa forma constitutiva de tales derechos, repitiendo las fuentes que de manera incompleta mencionan los códigos civiles. Se observa igual fenómeno a propósito de la clasificación relacionada con las fuentes de las obligaciones, dado que también se omite hacer referencia a los actos jurisdiccionales.

La cuestión es de gran importancia en nuestro concepto, dada la diversidad de actos jurisdiccionales que en términos de derecho procesal pueden caracterizarse con autonomía, a efecto de investigar si todos ellos crean derechos reales o personales. Desde luego podemos mencionar como tales a la sentencia, al embargo, al remate y a la adjudicación judicial.

En el mismo derecho procesal, al analizar la naturaleza jurídica de esos actos, precisando sus consecuencias de derecho, no se han formulado estudios especiales para destacar su aspecto de fuentes o formas constitutivas de derechos reales o personales.

2.—*Distintos casos en que la sentencia puede ser fuente de obligaciones.*—Pero si es verdad que el juez no puede ante la falta de una fuente reconocida en la ley, crear una obligación, también es cierto que se presentan casos en donde la situación jurídica no es tan simple; es decir, no es la alternativa de elegir entre el caso regulado, de tal suerte que el juez, como simple intérprete, determine si ha habido una fuente de obligación y, por consiguiente, si ha nacido un derecho de crédito, o bien, si en el caso, de acuerdo con la propia ley, no pueda considerarse que existía un hecho, un acto o estado jurídicos capaces de crear una obligación. La complejidad de la vida jurídica se refleja principalmente en los litigios y es en ellos en donde se comprueba: primero, que la ley no regula todas las situaciones que implican conflicto entre particulares; segundo, que en los mismos casos regulados no se agotan absolutamente todas las manifestaciones de un caso concreto y, tercero, que hay situaciones jurídicas que desde el punto de vista del derecho sustantivo, no están en manera alguna reguladas, pero que se resuelven, sea por una sentencia notoriamente contraria a la ley, o bien, por una sentencia que pretenda colmar una laguna, en contra del espíritu mismo del sistema, adquiriendo relevancia jurídica y quedando legitimada, porque el perjudicado no intente los recursos correspondientes; es decir, porque la sentencia contraria a derecho cause ejecutoria y, por lo tanto, aun cuando consagre una situación que desde el punto de vista del derecho sustantivo no pueda haber dado origen a una relación jurídica de crédito, para el derecho procesal sí venga a declarar, incluso, contra la ley, la existencia de una obligación, y esta situación se legitima y se convierte, por consiguiente, en lícita, porque la sentencia cause ejecutoria. Es así como el derecho procesal puede, a través del precepto que le da valor de verdad a la cosa juzgada, imprimir, para los efectos del derecho positivo, una legitimidad absoluta, a una sentencia que juzgada de acuerdo con el derecho substantivo sea contraria a la ley, o a su interpretación jurídica.

3.—*Primera serie de casos en los que la sentencia es fuente de obligaciones.*—Tomando en cuenta estas situaciones analizaremos dos series de casos: la primera comprende las situaciones que son contrarias a la ley, pero que se convierten en cosa juzgada, para definir si en ellas la sentencia es en sí misma de manera directa, fuente de obligaciones; la segunda serie se refiere tanto a la hipótesis en que la sentencia venga a colmar las lagunas de la ley, como a los casos en que la sentencia declara la nulidad, la rescisión, la ineficacia o la inexistencia de los actos jurídicos, o de determinadas situaciones concretas, a efec-

to de estudiar si por virtud de esa declaración judicial, nacen derechos personales que antes de la sentencia no existían y que tienen su fuente precisamente en la declaración de nulidad, de rescisión o de ineficacia.

En la primera serie de casos partimos de esta hipótesis: la sentencia crea una obligación, violando expresamente la ley. El problema de la sentencia contraria a derecho, es uno de los más serios, porque implica una cuestión de estimativa jurídica. ¿Cómo es que sabemos que la sentencia viola la ley? Evidentemente que es una cuestión opinable. Según el juez, la sentencia está dictada de acuerdo con la ley; conforme a determinado sector que sustente cierta tesis consignada en la sentencia, ésta no viola la ley, sino al contrario, hace una interpretación jurídica de los preceptos, para llegar a determinada conclusión, que en doctrina puede sostenerse. En cambio, desde otro punto de vista, generalmente para la parte que resulta condenada o afectada por una sentencia, es fácil afirmar que ésta viola la ley; pero siempre en el derecho se mantiene este problema.

Si es un tribunal superior quien revisa la sentencia del juez, la estimación que haga puede ser en el sentido de que se confirme por estar apegada a derecho, se revoque por haber violado la ley o se modifique. Cuando el tribunal superior, por ejemplo, considera que la sentencia de primer grado fue dictada conforme a derecho y la confirma, cabe preguntarnos si el propio tribunal está violando la ley. Según los sistemas, puede haber la posibilidad de una revisión. Por ejemplo, en México, a través del juicio de amparo, se logra que las sentencias definitivas queden sujetas a la revisión de la justicia federal, ante la Suprema Corte, o ante los Tribunales Colegiados de Circuito, por tratarse de amparo directo; y con la amplitud enorme que permite el Art. 14 constitucional, se puede revisar si la sentencia ha violado alguna ley substantiva o adjetiva. Por consiguiente, si existe el concepto de violación y se declara fundado, procede conceder el amparo para declarar insubsistente el acto reclamado. Pero inclusive vuelve a plantearse la cuestión, pues pueden la Suprema Corte de Justicia o los Tribunales Colegiados de Circuito, incurrir en la misma violación de la ley, en que incurrieron respectivamente el juez y el tribunal.

Todo esto nos demuestra que juzgado el asunto bien sea en el plano estrictamente judicial a través de las distintas revisiones que pueden hacer los órganos jurisdiccionales, o contemplado desde el punto de vista estricto de la doctrina, la cuestión es opinable, sin llegar a tener la absoluta certeza de que la sentencia sea contraria a derecho y que sólo

por violación expresa de la ley ha venido a crear un derecho personal o real.

4.—*Casos de contradicción evidente.*—Para tener la absoluta evidencia de que un fallo judicial viola de manera indiscutible la ley, y crea una relación jurídica, un derecho subjetivo a una obligación, sin que exista un supuesto jurídico capaz de originar estas situaciones concretas, sería menester una contradicción evidente entre las premisas del fallo y la conclusión; contradicción que puede darse sólo ante un error judicial. Por ejemplo, de los considerandos de una sentencia se desprende que no ha existido una fuente determinada de obligaciones, que no se está, v. g.: en el caso del enriquecimiento sin causa, o ante un hecho ilícito ejecutado con dolo o culpa; que, por consiguiente, no hay obligación y, sin embargo, en los puntos resolutivos de la sentencia, por un error judicial, se hace una condena, reconociendo una obligación, cosa que puede ocurrir y de hecho ha ocurrido, por un error debido a la confusión de dos casos: en uno se absuelve y en otro se condena, y los considerandos del fallo absolutorio se aplican por error a la sentencia de condena, y viceversa. Si la sentencia queda firmada por el juez y por el secretario; si es notificada a las partes y el perjudicado no intenta el recurso legal correspondiente, la sentencia causa ejecutoria. Suponemos también que el juez no aclara su sentencia, porque no advierte el error. Esta situación jurídica, ante un fallo en el que la conclusión es evidentemente contraria a las premisas y que por no haberse combatido por el recurso correspondiente, causa ejecutoria, constituye un caso, en el cual podemos tener la absoluta certeza de que la sentencia es evidentemente contraria a la ley, en cuanto a los puntos resolutivos que son los que determinan el alcance de un fallo, que son los que establecen los derechos, responsabilidades y obligaciones entre los litigantes. Pues bien, aquí tendríamos un ejemplo en el cual un error judicial queda legitimado por efecto de la preclusión. Es decir, porque la sentencia causa ejecutoria, se crea un derecho personal, un derecho real o una situación jurídica concreta, cuya fuente sólo es la sentencia; no puede ser ninguna otra de las fuentes que reconoce el derecho civil o el derecho mercantil, en virtud de que expresamente del fallo se desprende que no hay tal fuente. Los procesalistas podrían replicarnos diciendo que aun en este supuesto de evidente error judicial, la sentencia es la fuente de los derechos y obligaciones que se constituyen en los puntos resolutivos del fallo, sólo merced a un precepto del Código Procesal; luego su valor no está en ella misma, sino en la ley que la eleva a la categoría de cosa juzgada. Es decir, la ley sería la fuente de obliga-

ciones. En última instancia, encontraríamos una situación semejante a aquélla otra en que la ley puede constituir las servidumbres legales o las hipotecas necesarias. Por la misma razón, se ha dicho en materia de obligaciones, que la ley puede, en algunos casos, ser la fuente de ciertas obligaciones, siempre y cuando exista un determinado hecho o acto que vengan a condicionarla, para que se produzcan esas consecuencias. En el ejemplo, el acto jurídico de la sentencia es el que viene a condicionar el precepto del Código Procesal, combinándose esta situación, con el hecho de que no se intente el recurso dentro del término legal, para que la sentencia cause ejecutoria. Existe aquí una fusión de supuestos: la ley, la sentencia contraria a la misma y un hecho negativo (no intentar el recurso dentro del término legal). Evidentemente que desde un punto de vista filosófico en que se contemplara el papel de la ley para legitimar la situación contradictoria e ilícita de una sentencia injusta, sí podríamos aceptar que en última instancia, la fuente de la obligación, habrá que buscarla en el derecho objetivo. Pero si aceptamos esta conclusión, tendremos que reconocer que no hay fuentes especiales de obligaciones o de derechos reales, o en general, de derechos subjetivos o de situaciones jurídicas concretas, porque siempre habrá que referir cualquiera situación a un precepto del derecho objetivo, que de una manera directa o indirecta se considere como la fuente última de la consecuencia que se analice. Ya hemos explicado que el contrato, la declaración unilateral de voluntad, o el hecho ilícito, pueden referirse a la ley, pues tienen el papel de fuentes en tanto que aquélla los considere como supuestos jurídicos capaces de crear obligaciones. Por esto creemos que este primer caso de la sentencia notoriamente contraria a la ley, por una contradicción manifiesta entre sus puntos resolutivos y sus considerandos, sí debe ser un ejemplo en el cual exclusivamente la obligación o el derecho subjetivo nacen de la sentencia misma.

5.—*Casos de error judicial.*— En esta misma serie de casos tenemos todos aquellos problemas discutibles en los cuales se afirma que es la voluntad del juez, por violación expresa a un precepto de derecho, la que crea la obligación. Ahora bien, en esa hipótesis el problema se plantea de la siguiente manera: El juez podrá incurrir en una falsa apreciación de las pruebas para considerar probado un hecho, acto o estado jurídicos que son fuentes de obligaciones conforme al Código Civil, al Código de Comercio, etc. De esta suerte, la violación estará no en la tesis que sostenga el juez, declarando, v. g.: que existe un contrato capaz de crear derechos y obligaciones, sino que habrá que buscarla en la

estimación falsa en que incurra al considerar que hay un contrato, en donde no existe.

Por ejemplo, cuando existiendo sólo oferta de una parte, sin aceptación de la otra, deduce de ciertos hechos una conformidad tácita, para establecer el consentimiento y, por lo tanto, la existencia de un contrato a efecto de desprender del mismo consecuencias jurídicas; o cuando por una calificación errónea del juez, considera que hay un contrato de compraventa, cuando en realidad lo es de promesa de venta, y por ello desprende consecuencias que no existen, pues en realidad las obligaciones pactadas fueron otras. Es así como habrá creado una obligación, por ejemplo, declarando que el promitente transmitió el dominio de la cosa, y que la otra parte lo adquirió, cuando en verdad sólo prometió celebrar un contrato en lo futuro, para que hasta que se celebre se transmita el dominio. Es así como por una calificación errónea en la naturaleza jurídica del contrato, el juez puede crear obligaciones que no existen.

6.—*Error en la estimación de las pruebas.*—Ahora bien, puede haber, por consiguiente, un error en la estimación de las pruebas, dando por cierta una fuente creadora de derechos y obligaciones, cuando en realidad no existe; o puede incurrirse en un error de derecho que es el que frecuentemente se presenta, haciendo una calificación indebida del caso jurídico, de la fuente que haya dado origen al conflicto, para desprender consecuencias que no existen. El primer tipo de error, es de hecho, por cuanto que el juez llega a la convicción de que con las pruebas rendidas ha existido, v. g., un hecho culposo o doloso, cuando no hubo culpa ni dolo. Aquí la sentencia estaría creando obligaciones, porque daría por comprobado un hecho ilícito, cuando en realidad es lícito. Pero volvemos al problema planteado al principio: ¿quién es el que determina que el juez se ha equivocado? ¿Quién es el que puede asegurar con certeza que el hecho es lícito y no ilícito? Si el juez se ha equivocado y el hecho es lícito, entonces sí sería este error del juez el que en definitiva constituyese un vínculo jurídico que no debe formarse de acuerdo con la ley. Ahora bien, el derecho procesal nos da los medios para combatir una sentencia contraria a la ley, sea en la apreciación de las pruebas, o en la calificación misma de las situaciones jurídicas discutibles o controvertidas. Es decir, el ordenamiento jurídico consagra el único procedimiento que se ha considerado adecuado para definir si un juez ha violado la ley o no. Si agotados los recursos correspondientes, el Tribunal Superior, en la jerarquía de un determinado derecho positivo, llega a la conclusión de que la sentencia no ha violado la ley, entonces el jurista no puede sostener que la misma es fuente por sí misma de obli-

gaciones, porque sería una apreciación subjetiva. Claro que un determinado jurista puede rebatir las razones del Tribunal Superior, de la Suprema Corte, y considerar que en cierto caso, a pesar de que el órgano jurisdiccional más alto haya declarado que hay una obligación, en realidad ésta no existe. Pero la misma doctrina no puede aceptar esas conclusiones, incluso de sus más valiosos y destacados representantes, porque sería entonces convertir los problemas jurídicos en un subjetivismo absoluto; es decir, la doctrina tiene que doblegarse ante esta realidad: en un Estado, sólo el órgano jurisdiccional es el capacitado para declarar en las instancias correspondientes, si una sentencia de primer grado ha violado la ley o si se ha dictado conforme a derecho. Y, por lo tanto, *estos casos discutibles,* de estimación de los hechos para desprender el derecho, nos demuestran que la sentencia no es ni puede ser fuente de obligaciones, cualquiera que sea la resolución del tribunal más alto, confirmando o revocando el fallo de primer grado. Si lo confirma, es porque la interpretación oficial, digamos, auténtica del derecho, es en el sentido de que el juez no violó la ley, aunque en su contra esté toda la doctrina. Para el derecho positivo, así toda la doctrina demuestre que un fallo está en contra de la ley, una vez dictada sentencia por el tribunal máximo, confirmando la de primera instancia, habrá que reconocer, que la misma es la verdad legal, que no hay violación de la ley, y que si crearon derechos personales o reales, éstos nacieron de una fuente que el juez estimó existente por las pruebas mismas que se rindieron en el caso justiciable.

7.—*Error de derecho.*—Cuando el error es de derecho, volvemos al mismo problema, pues el juez parte de una cierta caracterización jurídica de la fuente, de manera que puede confundir el acto unilateral con el plurilateral, o bien, omitir un elemento esencial para que pueda constituirse una cierta fuente, de tal manera que por error decida que hay un contrato, cuando sólo haya una declaración de voluntad, Pues bien, en estos casos de error de derecho, se repite la misma cuestión: el litigante tiene los medios legales para que el tribunal superior revise el fallo. Si el perjudicado no agota esos recursos y la sentencia causa ejecutoria, tendremos que aceptar que la interpretación del juez, es la auténtica. Si las agota y el tribunal superior confirma el fallo, tendremos también que aceptar que esa declaración judicial es la auténtica. *No es aquí, por tanto, donde podemos afirmar que la sentencia es fuente de obligaciones.*

Existe un caso evidente de error judicial, cuando la sentencia estima vigente una ley derogada o viceversa. Indiscutiblemente que la obligación impuesta en la misma, sólo puede tener como fuente, la propia sentencia.

8.—*Extralimitación de funciones.*—Pero dentro de esta serie de casos, se presenta esta posibilidad: puede el tribunal, olvidándose que es intérprete de la ley, asumir el papel de legislador, más aún, pretender corregirlo, criticar la ley, afirmar en sus considerandos que el caso no está previsto o que lo está, pero resuelto de manera injusta por el legislador, y que debe existir una obligación ahí donde la ley no la ha declarado. Si el juez asume esta actitud de crítica al derecho legislado y declara expresamente en sus considerandos que en su concepto ha habido una solución injusta en la ley, creemos que sí podemos encontrar, por los considerandos mismos del fallo, un caso en el cual la sentencia sea por sí misma, por la voluntad arbitraria del juez, fuente de obligaciones. Prescindimos del problema filosófico de que esa sentencia quede legitimada, porque no se interponga el recurso o porque si se intenta, sea confirmada, y sólo nos sometamos a la realidad declarada en el propio fallo.

9.—*Segunda serie de casos en los que la sentencia es fuente de obligaciones.*—En esta segunda serie de casos, comprenderemos diversas situaciones: unas, en las que la sentencia sea declarativa de inexistencia, de nulidad, de rescisión y, otras, en que sea constitutiva de determinados estados, a efecto de precisar si en esta función constitutiva, pueden crearse obligaciones, principalmente en aquellos casos en que la sentencia viene a crear un estado civil.

10.—*Casos de inexistencia.*—Se afirma que en los casos de inexistencia, en realidad el juez no la declara, sino que simplemente registra un hecho, es decir, en los considerandos de su fallo hace constar que por falta de un elemento esencial en el acto jurídico, especialmente en el contrato, sobrevino aquélla. Por esto se dice que propiamente no hay acción de inexistencia; sin embargo, puede ocurrir que las partes discutan sobre la misma, cuando se trata de situaciones en las que ya hay un principio de ejecución, v. gr., una compraventa que resulta inexistente porque la cosa había perecido antes de celebrarse el contrato, cuando el comprador ya entregó el precio. El conflicto que surge entre las partes no puede ser resuelto haciéndose cada una de ellas justicia por su propia mano. Se hace necesaria la intervención judicial y ante una controversia, digamos sobre si la cosa pereció antes o después de celebrado el contrato cuyo hecho debe ser probado debidamente, se tiene que substanciar todo un juicio y, determinar en una sentencia, si faltó o no un elemento esencial para deducir de ahí determinadas consecuencias. Si el juez considera que existe un caso de inexistencia, es decir, que faltó un elemento esencial al contrato o al acto jurídico, deducirá consecuencias que aun

cuando estaban contenidas en la ley, no podían actualizarse, ni menos aún, podían considerarse como consecuencias que tuviesen la posibilidad de la ejecución forzada, sino hasta el momento en que la sentencia cause ejecutoria. Es verdad que el silogismo de la inexistencia lo puede formular el particular o el juez, pero con esta diferencia fundamental: el particular formula su silogismo, llegando a la conclusión de inexistencia y allí se detiene. No se crean por virtud de esta conclusión del particular las obligaciones de restituir aquello que se hubiese percibido por el acto inexistente. "Se ha llegado a negar a la función jurisdiccional el carácter de actividad de orden jurídico, porque se dice que en ella el Estado no realiza ni un acto de voluntad, ni crea una situación jurídica, que son los dos elementos fundamentales del acto jurídico.

Se afirma que no hay acto de voluntad, sino una simple operación de la inteligencia que se resuelve en un silogismo, cuya mayor es la regla legislativa de derecho; la menor la comprobación de la especie concreta sometida al juez y la conclusión, la decisión de este último.

Se dice que la sentencia no aporta modificación alguna al orden jurídico, porque se limita a fijar el derecho que había sido discutido o contrariado. En otros términos, se afirma que la sentencia judicial no es atributiva, sino simplemente declarativa de derechos.

Las afirmaciones anteriores no pueden sostenerse si se tiene un concepto completo del acto jurisdiccional.

Si se reduce el carácter de éste a una simple operación lógica y a una simple declaración de derechos, no se explica por qué esa misma operación y esa misma declaración, cuando son realizadas por un particular, no tienen los mismos efectos que cuando se realizan por el Estado.

Esto hace suponer que existen otros elementos que no concurren cuando un particular interviene.

Y en efecto, cuando el Estado decide jurisdiccionalmente un conflicto de derechos, no se limita a determinar si éstos existen, sino que, además, como una consecuencia del reconocimiento de su existencia, provee al respeto de ellos por medio de un acto emanado de la voluntad, acto que, aunque realizado dentro de las normas legales, produce una modificación en el orden jurídico, puesto que hace concreta y actual la garantía jurídica que en términos abstractos consagra la ley para los derechos del que está a discusión". (Gabino Fraga, Derecho Administrativo, México, 1934, pág. 38).

En cambio, el silogismo del juez contenido en la sentencia, no sólo tiene fuerza declarativa, sino que determina la restitución de la prestación o de las prestaciones, en su caso, que hubieren sido entregadas

por virtud de un acto inexistente. La obligación, por consiguiente, de restituir nace de la sentencia. Es verdad que está contenida en la ley, pero volvemos al problema que ya hemos planteado para todas las fuentes. En rigor, siempre la consecuencia jurídica debe estar contenida en la ley, comprendida en esa segunda parte de la norma que se llama la disposición normativa. La primera parte es la hipótesis que comprende el supuesto jurídico y, la segunda, es la disposición, en donde se contiene la consecuencia. Ahora bien, el hecho de que en toda norma encontramos estas dos partes (nos referimos a las normas completas), no nos autoriza para decir que la fuente única de todas las consecuencias jurídicas concretas es la ley. Habrá que condicionar esa consecuencia y actualizarla; más aún, habrá que permitir en ciertos casos que la consecuencia pueda ser ejecutada mediante la intervención de un órgano estatal y, justamente, este es el papel de la sentencia cuando se declara la inexistencia. El acto no produce efectos, pero si ha habido una entrega de prestaciones, deben ser restituidas y su devolución no va a ser consecuencia del silogismo del particular, sino del punto resolutivo correspondiente de un fallo judicial.

11.—*Casos de nulidad.*—Pasemos ahora a los casos de nulidad, en los que substancialmente se presenta el mismo problema, en cuanto a que el juez llega a la conclusión de que, por regla general, debe haber restitución de prestaciones. Declarado el acto nulo, determina un precepto del Código Civil, que las partes se harán la devolución de las prestaciones que hubiesen recibido o percibido por el mismo, y entre tanto una de ellas no restituya, la otra no tiene obligación de restituir. Permite la ley una compensación para ciertas prestaciones que consisten respectivamente en dinero y en frutos o productos. Tres preceptos en el Código Civil con toda claridad estatuyen este efecto restitutorio de la nulidad, que, a su vez, crea obligaciones que antes sólo estaban declaradas de manera potencial en la ley, y que, por virtud de la sentencia, se actualizan y, sobre todo, se ejecutan. Hay discusión sobre si el acto es válido o nulo. No podemos decir que una parte esté obligada a restituir a la otra, porque estaríamos prejuzgando. Si llegamos a la conclusión de nulidad, la otra parte puede sostener la conclusión de validez, y nadie puede afirmar, excepto el juez competente, que el acto es nulo o válido. Por la misma razón, nadie puede decir con certeza jurídica que hay obligación de restituir, hasta en tanto no haya sentencia que declare la nulidad. Este es el aspecto que nos permite afirmar que las sentencias declarativas de nulidad crean la obligación de restituir, según los artículos 2239, 2240 y 2241. *"La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del*

acto anulado". "Si el acto fuera bilateral y las obligaciones correlativas consisten ambas en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos no se hará la restitución respectiva de intereses o de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí". En este precepto tenemos una consecuencia modificativa, y de restitución de prestaciones. Es decir, fundamentalmente hay creación de obligaciones, para que cada parte restituya, pero con una modificación que sólo puede declararse en sentencia. Los frutos e intereses percibidos hasta antes de la demanda se compensan entre sí; los percibidos con posterioridad ya no se compensan. *"Mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello que en virtud de la declaración de nulidad del contrato está obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla por su parte"* (Art. 2241). En este precepto, se reconoce que la obligación de devolver, de restituir, tiene su fuente en la sentencia, pues expresamente reconoce que la obligación de restituir deriva de la *declaración de nulidad,* o sea, de la sentencia misma.

12.—*Casos de rescisión.*—Tenemos fundamentalmente la misma situación jurídica. La rescisión se distingue de la nulidad, en sus causas y en la naturaleza misma del acto. En tanto que la nulidad supone un vicio interno o externo, la rescisión no implica vicio alguno. El acto jurídico es perfecto, pero por una causa posterior a su celebración, imputable o no a una de las partes, el acto queda privado de efectos. Como circunstancia imputable, tenemos el incumplimiento en los contratos. En este caso suponemos que el contrato es válido, solamente se rescinde por un hecho posterior al mismo, imputable a alguna de las partes y consistente en el incumplimiento. La otra parte tiene la facultad de exigir que el contrato quede privado de efectos. Puede la circunstancia no ser imputable como cuando se realiza una condición resolutoria, un caso fortuito o de fuerza mayor. Coincide la rescisión con la nulidad en cuanto a sus consecuencias. Una vez declarada, por regla general, produce efectos restitutorios con alcance retroactivo. Se respetan las consecuencias ya causadas respecto de actos de tracto sucesivo, de actos que implican situaciones consumadas por una imposibilidad de hecho para destruir aquello que ya se realizó, excepto cuando quepa dentro del orden jurídico la restitución misma, por ejemplo, una compraventa que se rescinde a pesar de que el precio está ya entregado, pues, cabe la posibilidad de devolver cosa y precio. Pero si se rescinde un arrendamiento por incumplimiento del arrendador o del arrendatario, el acto queda privado de efectos para el futuro, no pueden destruirse las consecuencias ya causadas. La resti-

tución en cuanto al uso de la cosa arrendada es físicamente imposible. *Nuevamente comprobamos aquí que la sentencia es la que viene propiamente a constituir el efecto relativo a la restitución de prestaciones.* La ley sigue siendo como en todos los casos, la que contiene de manera general las consecuencias. El juez no puede crearlas de la nada, no puede a su arbitrio determinarlas, pero sí queda a su criterio resolver de acuerdo con el derecho, si se produjo o no la causa de rescisión. Por esto, antes de la declaratoria de rescisión, excepto cuando ésta se convenga de pleno derecho, sin necesidad de juicio, las partes contratantes no pueden privar de efectos a un contrato. Es frecuente, sobre todo, entre los comerciantes, la creencia de que un contrato se rescinde por la simple notificación que hace el perjudicado a la otra parte que faltó al cumplimiento. Se cree que con esta notificación, es decir, con este acto jurídico unilateral manifestando el contratante perjudicado que el contrato ha quedado rescindido, se producirán las consecuencias propias de la rescisión. Esto es inexacto. Los contratos no pueden quedar al arbitrio de ninguna de las partes. La rescisión solamente puede ser declarada judicialmente, estipulada de común acuerdo por las partes, o admitida para que funcione de pleno derecho y sin necesidad de juicio, cuando desde la celebración del contrato así se convenga. Es decir, pueden darse tres hipótesis: a) Las partes admiten ante un determinado conflicto, que realmente ha ocurrido una causa de rescisión y entonces, por mutuo acuerdo, deja sin efecto el contrato; b) Las partes antes de que haya ocurrido la causa de rescisión, están de acuerdo en que si se presenta determinado hecho, por ejemplo, si el comprador no paga el precio, podrá el vendedor rescindir de plano y sin necesidad de juicio, la compraventa, para disponer de la cosa vendida (cláusula muy importante en el comercio, a efecto de que el vendedor no tenga que seguir un juicio, y mantener la cosa en sus bodegas a disposición del comprador para el supuesto de que el fallo fuese adverso, sino que por el solo hecho de que el comprador no pague el precio en la fecha convenida, queda rescindido de pleno derecho el contrato y se puede disponer de la cosa); y c) Una tercera hipótesis se presenta cuando ante un conflicto y ante la falta de una cláusula de ese estilo, es necesario entonces que el fallo judicial (una vez que se determine si realmente ocurrió la falta de cumplimiento del contrato, el caso fortuito o de fuerza mayor, o si se realizó una condición resolutoria), resuelva si debe rescindirse el contrato y privársele de efectos. Aquí es la sentencia la que aprecia soberanamente estos hechos, según las pruebas rendidas, y la que crea el efecto restitutorio.

TITULO III
HECHOS JURIDICOS QUE SON FUENTES DE OBLIGACIONES

CAPITULO I
La Gestión de Negocios

1.—*Su naturaleza jurídica.*—"Asumir la administración de un negocio ajeno sin que preceda encargo o sin que constriña a ello una obligación legal, constituye una invasión en la esfera patrimonial ajena, la cual, siendo como es cerrada la ingerencia de extraños, debe ser por todos respetada. Si, por otra parte, este principio se aplicase con todo su rigor, quedaría insatisfecha la exigencia social de que no se perjudique con daño general un patrimonio al que actualmente falta la acción administradora de su titular. El ordenamiento jurídico no puede ni debe prohibir la intervención de terceros ajenos cuando esta intervención sea hecha en ventaja de un patrimonio desprovisto de administración y expuesto por ello a indudables peligros. Cierto que hay una ingerencia ilícita, a la que se puede aplicar el dicho de Pomponio (fr. 36, D. 50, 17): Culpa est inmiscere se rei ad se non pertinenti; pero también hay una ingerencia benéfica, y, por tanto, lícita, caracterizada en el espíritu de caridad o beneficencia con que una persona gestione los negocios ajenos. Por eso la ley, reconociendo su utilidad, establece obligaciones recíprocas entre el gestor y el dominus negotii". (Ruggiero, ob. cit., c. II, pág. 630).

Respecto a la gestión de negocios, no existe uniformidad en la doctrina que nos autorice para considerarla como un hecho jurídico voluntario lícito. Generalmente ha sido clasificada entre los cuasicontratos. Ahora bien, el cuasicontrato precisamente se define como un hecho jurídico voluntario lícito que crea obligaciones. Se consideró desde los romanos que en la gestión de negocios hay una figura semejante al mandato, por eso ya posteriormente los glosadores hablaron de un cuasicontrato o gestión oficiosa.

"Otro hecho voluntario lícito generador de derechos y obligaciones es la gestión de negocios ajenos, cumplida sin mandato ni obligación legal. *En ella, el agente se obliga por su propia voluntad a manejar útil, espontánea y, gratuitamente los negocios extrajudiciales de otro que lo ignora*", (De Gásperi, ob. cit., v. II, pág. 413).

Rodolfo Sohm, Instituciones de Derecho Privado Romano, traduc., de W. Roces, México, 1951, págs. 248 y 249.

En nuestros Códigos, tanto en 1870 como en 1884, la gestión de negocios quedó indebidamente colocada después de la regulación del mandato, y se dijo en esos Códigos, que la gestión de negocios era un mandato oficioso o presunto.

Según la tradición francesa, la gestión de negocios es un cuasicontrato, pero este término ha perdido precisión jurídica, por constituir una categoría en la cual se han querido agrupar tantas figuras de naturaleza distinta, que se acabó por despojarle de todo significado. Lo único común es que comprende hechos voluntarios lícitos, pero caben dentro del concepto del cuasicontrato, la gestión de negocios, el pago de lo indebido, el enriquecimiento sin causa, la tutela y las formas de copropiedad semejantes a la sociedad. De tal manera que, en realidad, abarca tanto, que no comprende nada desde el punto de vista del contenido mismo. Sólo por la fuerza de la tradición se siguió empleando el término de cuasicontrato, que se respetó en el Código Napoleón, pero sin determinar su verdadera naturaleza, es decir, sin precisar su contenido. Comprende tal número de figuras, que en realidad no aporta un elemento de carácter positivo. Planiol afirma que el cuasicontrato en realidad es un hecho ilícito involuntario, es decir, le da las características opuestas a la definición tradicional que lo considera como un hecho voluntario y lícito.

"De las anteriores observaciones se desprende una primera conclusión: que es erróneo definir los cuasicontratos como hechos voluntarios. ¿Qué importa que sea un acto voluntario el que haya procurado un enriquecimiento a otro, pues que no es la voluntad de su autor la que crea la obligación? Además, la persona obligada no es la autora del hecho voluntario, sino otra persona que se ha enriquecido por él y que o no ha participado en ese hecho o sólo ha desempeñado en él un papel pasivo. La persona que llega a ser deudora en virtud de un cuasicontrato nunca se ha obligado voluntariamente; en consecuencia, ¿por qué decir que el cuasicontrato es un hecho voluntario? Sólo existe una explicación posible: se trata de una obligación que no depende de la voluntad del obligado, que no puede serle impuesta por un tercero; que es obra de la ley, en otras palabras, que es una obligación legal".

"Carácter ilícito de las obligaciones cuasicontractuales.—No basta alejar, como acabamos de ver, el cuasicontrato del contrato; es necesario equipararlo totalmente a los delitos y cuasidelitos, haciéndolo entrar, como ellos, en la categoría de los actos ilícitos pues así como el cuasicontrato no es un "hecho voluntario", tampoco es un "hecho lícito". (Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Obligaciones, de la traduc. de José M. Cajica Jr., págs. 491 a 495).

Nuestros Códigos de 1870 y 1884 no siguieron en este sentido al Código francés, porque en ningún precepto, ni siquiera incidentalmente, se menciona el término cuasicontrato, menos aún en una clasificación. Por esto creemos que no es fundado estimar que por el hecho de que

en esos Códigos se haya regulado la gestión de negocios después del mandato, se le hubiera asimilado a un contrato y, por lo tanto, se le considera como un cuasicontrato.

"Quizás no haya en todo el derecho una expresión que sea más falsa y engañosa que la del "cuasicontrato", pues no existe aquello que esta cosa tiene por objeto indicar no hay una fuente de las obligaciones que se parezca al contrato; no existe un solo caso en el cual una persona se transforme en deudora de otra porque casi haya realizado con ella un contrato. Comp. Planiol, Revue critique, 1904, p. 226 y sigs.". (Planiol, ob. cit., págs. 493 y 494).

Schneider et Fick, Commentaire du Code Fédéral des obligations, Adaptation Française, por Porret, 2 vol. 1915-1916, t. I. págs. 740-744.

Afirmaremos por el momento que la gestión de negocios no es un cuasicontrato, porque es un término que en el derecho mexicano no hemos reconocido, y en esto estamos de acuerdo con los civilistas modernos, que tampoco aceptan que sea un cuasicontrato. Ahora bien *¿la gestión de negocios será verdaderamente un hecho jurídico?; ¿será un acto jurídico unilateral?*, o finalmente, *¿la gestión de negocios será una figura compleja, en la cual se combinen diferentes fuentes?*

Rossel Manuel, Du Droit Fédéral des Obligations, 4e, éd. 2 vol. 1920, t. I, n. 762, p. 496.

2.—*La gestión de negocios como hecho jurídico voluntario lícito.*— Cabe pensar que en la gestión de negocios pueden existir esas distintas posibilidades que hemos señalado. Si tomamos en cuenta la situación del gestor, éste puede intervenir con el propósito de que por su gestión se originen obligaciones y derechos. Es decir, el gestor puede conocer el régimen jurídico de la gestión de negocios y saber que por su acto de voluntad unilateral, se van a crear derechos y obligaciones recíprocos, es decir, que será acreedor y deudor del dueño del negocio y que, a su vez, éste será acreedor y deudor de él. Ahora bien, aun cuando el gestor persiga ese propósito, ¿la ley configura y caracteriza su acto de voluntad, tomándolo en cuenta? ¿Basta el acto de voluntad de intervenir oficiosamente en un asunto ajeno, para que aun cuando el gestor no se proponga crear derechos y obligaciones, la ley le dé esas consecuencias? Evidentemente que el gestor no necesita proponerse originar derechos y obligaciones por su acto unilateral de voluntad, para que la ley le otorgue consecuencias. En cambio, en el testamento, en el contrato, en el convenio, la parte o partes se deben proponer originar consecuencias jurídicas. De este simple análisis se desprende la conclusión de que, lo que toma en cuenta la ley, en el acto de voluntad del gestor, al intervenir oficiosamente en los negocios ajenos, no es su propósito de que se produzcan consecuencias, sino simplemente su acto de voluntad lícito, que

con propósito o sin él, tendrá determinados efectos jurídicos. Más aún, estas consecuencias no dependen de la voluntad del gestor; si éste, por ejemplo, se propone que por su acto tendrá derecho a honorarios, la ley no se los reconoce. Pero si el gestor, por su acto, piensa que no tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos, la ley le da una acción de reembolso, es decir, las consecuencias son independientes de la intención del gestor. Por esto creemos que no hay propiamente aquí un acto jurídico, sino un hecho jurídico, voluntario y lícito.

Ahora bien, la gestión origina derechos y obligaciones para ambas partes, es decir, para el dueño y para el gestor. Hasta ahora hemos estudiado las consecuencias desde el punto de vista del gestor, porque éste adquiere determinados derechos y obligaciones, independientemente de que realice un acto jurídico, sino simplemente un hecho jurídico voluntario, lícito. Pero el análisis sería incompleto si no estudiásemos por qué el dueño del negocio queda obligado.

3.—*Tesis de René Demogue.*—Este autor, al plantearse el problema que analizamos sostuvo la siguiente tesis, verdaderamente peregrina en el derecho. Dice: estamos en presencia de un caso en el cual, por la voluntad de una persona, se originan obligaciones a cargo de otra. Ahora bien, si el sujeto es capaz de autobligarse, lo anormal será que por su voluntad, pueda obligar a otro.

4.—*Crítica.*—Si aceptásemos esta posibilidad como regla general, vendría el desquiciamiento en el derecho, es decir, que una voluntad pueda por sí obligar a otra. Pero dice Demogue, no obstante que esto es verdaderamente excepcional, se presenta en el caso de la gestión, porque por voluntad del gestor, se obliga al dueño. Justamente en la gestión el dueño no ha solicitado los servicios del gestor y la ley le impone obligaciones. En primer lugar, si ha sido útil la gestión, reembolsar al gestor los gastos que hubiese hecho y pagarle los daños y perjuicios que hubiese sufrido por los actos que redundaren en beneficio del dueño. Ahora bien, ¿será exacto que, como opina Demogue, la fuente esté en la voluntad del gestor? O, ¿hay otra fuente jurídica que nos explique, sin violentar los principios del derecho, esta posibilidad? Creemos que una buena técnica jurídica consiste en recurrir a la solución que es normal, es decir, que no es excepcional o contradictoria en el derecho, cuando estamos en presencia de dos posibles soluciones: una, normal y otra, anormal. Demogue ha optado por una solución que es verdaderamente desquiciadora del derecho, anormal en sumo grado. *El querer admitir, aun cuando sea una vez, que la voluntad de un sujeto puede obligar a otro.*

5.—*Opinión personal.*—La solución que consideramos de acuerdo con las reglas jurídicas, es la de que el dueño del negocio queda obligado

por el principio que prohibe el enriquecimiento sin causa. El dueño no se obliga por la voluntad del gestor, sino porque ha tenido un enriquecimiento y la mejor prueba es la siguiente: si el dueño no tiene un enriquecimiento, a pesar de la voluntad del gestor, no queda obligado. En cambio, si la tesis de Demogue fuese exacta, el dueño quedaría obligado ante la ley, en las dos hipótesis, tanto cuando tuviese un enriquecimiento, como cuando no lo tuviera, porque la causa eficiente estaría en la voluntad del gestor. Precisamente aquí se ve lo peligroso de la teoría, cuya consecuencia lógica sería permitir que por la sola actividad del gestor, el dueño tuviera que reembolsar, que pagar sus gestiones, aun cuando no percibiera ninguna utilidad. En cambio, aceptando la teoría del enriquecimiento sin causa, decimos: el dueño se obliga no por la voluntad del gestor, sino en tanto y cuanto ha recibido un beneficio. Si no hay beneficio, no hay obligación. Pero si el dueño ratifica la gestión, entonces ya propiamente hay un mandato retroactivo. Si se cambia la figura jurídica, es decir, la fuente, entonces las consecuencias se trasladan a las que impone la ley para el mandato; pero, porque la ratificación del dueño viene a surtir todas las consecuencias de un contrato, de un mandato retroactivo y por esto permite la ley que el gestor tenga derecho a honorarios por el contrato que se ha formado, mas no por la gestión que en sí misma no lo faculta para exigir honorarios. De este análisis podemos desprender la tesis que en seguida expondremos.

6.—*Combinación de fuentes.*—En la gestión de negocios hay una combinación de fuentes. Las obligaciones y derechos recíprocos de las partes se explican por un hecho jurídico voluntario lícito y por el principio del enriquecimiento sin causa. El gestor queda obligado por un hecho voluntario lícito; debe continuar la gestión, rendir cuentas, y proceder con la misma diligencia que acostumbra emplear en sus propios asuntos. A su vez, el dueño queda obligado, si la gestión es útil, por el principio del enriquecimiento sin causa.

7.—*Elementos de la gestión de negocios.*—Marty, señala cuatro condiciones para la gestión de negocios, en los términos siguientes:

"A.—Es necesario, en primer lugar, una intromisión del gestor en los negocios del tercero, sea por actos materiales, sea por actos jurídicos.

Algunos autores, como Planiol, sostienen que la gestión de negocios únicamente puede aplicarse a actos jurídicos. En esta opinión se encuentra la tendencia a acercar la gestión de negocios al mandato.

Esa distinción, contraria a la tradición, es a justo título rechazada por la jurisprudencia, que aplica la gestión de negocios tanto cuando el gestor ha realizado en provecho del dueño actos materiales, como cuando ha realizado actos jurídicos . . .

B.—Es necesario, en seguida, que la intromisión haya sido voluntaria. Así lo dice expresamente el artículo 1372: "cuando voluntariamente se administre el negocio de un tercero . . .". Si el gestor ha creído ocuparse de un negocio propio y no del de un tercero, no puede invocar el beneficio de la acción de gestión de negocios; cuando más podrá, como veremos, intentar la acción de enriquecimiento sin causa . . .

C.—Es necesario también, que el gestor haya realizado actos de intromisión voluntaria sin haber recibido mandato del dueño, pues de lo contrario, habría contrato de mandato y no gestión de negocios.

D.—Por último, se requieren ciertas condiciones de capacidad.

El gestor sólo contrae obligaciones con motivo de su gestión, si es capaz de obligarse. Un menor, gestor de negocios, no se obliga en favor del dueño. Sólo podrá resultar obligado por sus culpas delictuosas o cuasidelictuosas, si las ha cometido". (G. Marty, ob. cit., t. I, v. I, págs. 240 a 244).

Josserand, Los Móviles en los Actos Jurídicos de Derecho Privado, traduc., José M. Cajica. Puebla, 1946, págs. 346 y 348.

8.—*Reglamentación de la gestión de negocios en el Código Civil de 1884.*—En el Código de 1884, en el capítulo referente al mandato, se comprendía a la gestión de negocios. El título relativo simplemente decía: "Del mandato o procuración y de la prestación de servicios profesionales". Por consiguiente, en este título no se hacía una distinción entre el mandato y la gestión de negocios. El artículo 2416 definía a ésta, en los siguientes términos: *"Bajo el nombre de mandato oficioso o de gestión de negocios, se comprenden todos los actos que por oficiosidad y sin mandato expreso, sino sólo presunto, desempeña una persona a favor de otra que está ausente o impedida de atender a sus cosas propias".*

9.—*Obligaciones del gestor.*—Las obligaciones del gestor, según el Código anterior, consistían en continuar la gestión iniciada; dar aviso inmediato al dueño y si el caso lo permitía, esperar su aprobación. Si por urgencia del negocio no era posible esperar éste, el gestor debía concluir la empresa iniciada. Además, estaba obligado a rendir cuentas al dueño. Se trataba de obligaciones semejantes a las que imponía el mandato, en cuanto a dar aviso y a rendir cuentas.

También tenía el gestor las siguientes responsabilidades: 1o.—Era culpable, si no realizaba la gestión con el mismo cuidado o diligencia que acostumbra emplear en sus propios negocios. Por consiguiente, no se le hacía responsable de la culpa in abstracto, que según el derecho romano, se determinó en función de un tipo especial de hombre (el pater familias), distinguiéndose de la culpa in concreto en que para ésta se toma en cuenta la diligencia que en cada caso está acostumbrado el sujeto a prestar en sus cosas propias. 2o.—Era responsable el gestor, según el Código de 1884 de todos los daños y perjuicios causados si el

dueño no ratificaba o aprobaba la gestión. Si intervenía contra la voluntad expresa del dueño, respondía incluso del caso fortuito o de la fuerza mayor, a no ser que demostrara que esos daños se habrían realizado forzosa e inevitablemente.

Tratado de Derecho Civil por Enneccerus, Kipp y Wolff, t. II. Derecho de Obligaciones, por Enneccerus-Lehmann, v. II, págs. 341 y 342.

10.—*Obligaciones del dueño.*—Según el Código de 1884, era necesario distinguir si la gestión de negocios se había iniciado para evitar un daño inminente o bien, para obtener un lucro al dueño. Si se había iniciado para evitar un daño, aunque el dueño no aprobara la gestión, estaba obligado a reembolsar las sumas gastadas, siempre y cuando se hubiera logrado el objeto deseado, es decir, evitar el daño.

Si la gestión de negocios se había iniciado para obtener un lucro, el dueño podía librarse de toda obligación desaprobando la gestión, siempre y cuando no se aprovechara de los beneficios obtenidos. Incluso, cuando la gestión había sido útil, bastaba con que el dueño no la ratificara y no se aprovechara de los beneficios obtenidos, para que no tuviera obligaciones respecto al gestor. Podía exigir, por el contrario, que las cosas se repusieran para quedar en su estado primitivo. Si el negocio, aunque no hubiese sido útil en todos sus aspectos, fuere aprovechado por el dueño, se consideraba esto como una aprobación tácita y debería indemnizarse al gestor en la medida de los beneficios. Podríamos decir que esta aceptación era a beneficio de inventario.

Cuando el dueño ratificaba la gestión, convertía a ésta en un mandato, y los efectos de éste se aplicaban retroactivamente; por este solo hecho, el dueño estaba obligado a indemnizar al gestor de los gastos erogados, y a cubrirle honorarios. En la gestión de negocios no ratificada, el gestor nunca podía exigir honorarios; si la gestión era útil y el dueño se aprovechaba de ella, sólo podía reclamar el reembolso de los gastos y el pago de los daños y perjuicios sufridos; pero a pesar de la utilidad de la gestión, no tenía derecho a honorarios.

En cambio, si se ratificaba, ya no se atendía a la utilidad o inutilidad de la misma, sino que se convertía en un mandato con efectos retroactivos, y en éste existe la obligación de indemnizar y de pagar un honorario, a no ser que se causen daños al mandante, por culpa o dolo del mandatario.

El Código vigente introduce en este sentido una modificación substancial, ya que en ambos Códigos el gestor debe continuar la gestión, rendir cuentas, dar aviso inmediato y esperar o no, según la urgencia del caso; pero en cuanto a las obligaciones del dueño, se cambia el princi-

pio que sirvió de base en el Código anterior, para decretar en función de la utilidad y no de la ratificación o desaprobación, las obligaciones del dueño.

11.—*Código vigente.*—En el Código actual toda gestión útil obliga al dueño a indemnizar al gestor, aunque no la apruebe; basta con que haya sido útil. Si la aprueba, entonces se presentan las consecuencias de la ratificación que imponía el Código anterior, para convertir a la gestión en mandato; mas la diferencia está en que el de 1884, permitía desaprobar una gestión de negocios útil, para que el dueño pudiera liberarse de las obligaciones, siempre y cuando no se aprovechara de los resultados obtenidos, pero quedaba a su arbitrio rechazar o aprobar la gestión. En cambio, el Código vigente estima que cuando la gestión es útil, aunque el dueño la desapruebe, por el simple hecho de que el negocio fue hábilmente manejado, el gestor tiene acción para que se le reembolsen los gastos efectuados y se le paguen los daños y perjuicios sufridos.

Dijimos con anterioridad que este cambio en el criterio de nuestra legislación, se debe a que en la actualidad, según explica García Téllez, además del principio del enriquecimiento ilegítimo, se toma como base el de la solidaridad social. Se piensa, por razones económicas obvias, que la gestión de negocios, cuando es útil, cumple con la función de solidaridad social y que esta función, que obedece a razones de interés público, no debe quedar subordinada al principio de la autonomía de la voluntad.

En el Código de 1884 se respetaba el principio de la autonomía de la voluntad, y se aplicaba en sus consecuencias rigurosas el del enriquecimiento sin causa. Por esto se decía que el dueño podía desaprobar la gestión y no quedaba obligado, a no ser que hubiera sido realizada para evitar un daño; pero si aprobaba la gestión o se aprovechaba de ella, implicaba una aceptación tácita y debía indemnizar, porque nadie puede enriquecerse a costa de otro.

Sin embargo, en la pugna que existía entre el principio de la autonomía de la voluntad y el de la solidaridad social, se optó por dejar al dueño en libertad de rechazar los beneficios obtenidos, cuando el gestor se proponía obtener un lucro y no simplemente evitar un daño.

En cambio, el Código vigente estima que en este conflicto de principios, debe prevalecer la función de solidaridad social que desempeña la gestión de negocios, por razones de orden económico y social, y que no es libre el dueño para rechazar una gestión útil. En consecuencia, queda obligado, aunque la rechace, a indemnizar los gastos efectuados y los perjuicios sufridos. En el Código de 1884 decía el artículo 2419: "Si el dueño ratifica la gestión y quiere aprovecharse de las utilidades

que produzca, está obligado a indemnizar al gestor de los gastos necesarios que haya hecho y de los perjuicios que haya recibido por causa del negocio". Se dejaba, por consiguiente, en absoluta libertad al dueño. El 2420 agregaba: "Si el dueño no ratifica la gestión, y ésta no ha tenido por objeto obtener lucro, sino evitar algún daño inminente y manifiesto, deberá en todo caso indemnizar los gastos exclusivamente hechos con ese objeto". Este precepto ya no admitía el principio de la autonomía de la voluntad, cuando la gestión se había realizado para evitar un daño inminente.

El artículo 2421 decía que "la ratificación de la gestión producirá los mismos efectos que produciría el mandato expreso"; el 2422 volvía a confirmar el principio de la autonomía de la voluntad, porque si el dueño desaprobaba la gestión, debía el gestor reponer las cosas a su estado primitivo: "Si el dueño desaprueba la gestión, deberá el gestor, a su costa, reponer las cosas en el estado en que se hallaban, indemnizando a aquél de los perjuicios que sufra por su culpa". El 2425 también confirmaba el principio mencionado, para dejar al dueño la libertad de aprovecharse de ciertos beneficios, o bien para que si el negocio no le conviniere, obligar al gestor a que lo tomara por su cuenta: "Si los beneficios no exceden a los perjuicios, podrá el dueño obligar al gestor a tomar todo el negocio por su cuenta, exigiendo de él la indemnización debida".

Por último, el artículo 2426 admitía la aceptación tácita por el solo hecho de que el dueño no se opusiera a la gestión, cuando tuviera conocimiento de la misma: "Si aquél a quien pertenece el negocio tuviere conocimiento de la gestión y no se opusiere a ella antes de que termine, se entenderá que la consiente; pero no estará obligado para con el gestor si no hubiere provecho efectivo". Quedaba subordinada, por consiguiente, la aceptación tácita, por la no oposición, al resultado económico satisfactorio de la gestión.

En el Código vigente, el artículo 1896, nos dice que la gestión no es un mandato: "El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio". Por consiguiente, en la actualidad la gestión de negocios supone que no hay mandato, ni expreso, ni presunto. Impone como única obligación al gestor que se inmiscuye en asuntos ajenos, obrar conforme a los intereses del dueño. El Código actual reconoce que hay una función de solidaridad social en la gestión de negocios, pero no permite la arbitrariedad de que alguien puede inmiscuirse en los negocios de otro, sin imponer un límite, y éste consiste en obrar conforme

a los intereses del dueño; por esto el gestor obra por cuenta de éste, pero no en su nombre.

En el artículo 1897 se exige la misma diligencia que acostumbre el gestor poner en sus cosas propias: "El gestor debe desempeñar su encargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios, e indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione". El 1903 dice: "El dueño de un asunto que hubiere sido útilmente gestionado, debe cumplir las obligaciones que el gestor haya contraído a nombre de él y pagar los gastos de acuerdo con lo prevenido en los artículos siguientes". La única condición, por consiguiente, que exige el Código actual, es que el negocio sea útilmente gestionado, e impone no sólo las obligaciones para con el gestor, sino para los terceros: el dueño debe responder de todos los contratos o de las obligaciones contraídas por el gestor, cuando la gestión le es útil.

Enneccerus, ob. cit. t. II, v. II, págs. 343 y 344.

El artículo 1904 dispone: "Deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes, pero no tiene derecho a cobrar retribución por el desempeño de la gestión". Aquí encontramos otra diferencia con el mandato: el mandatario tiene derecho a retribución, a no ser que proceda con dolo o culpa, causando daños, o se haya estipulado en forma gratuita. En cambio, el gestor nunca tiene derecho a retribución, aunque la gestión sea útil. Si se ratifica, se convierte en un mandato, pero ya no es por virtud de la gestión por lo que el gestor tiene derecho a honorarios.

En el artículo 1905 se llega al extremo de admitir, si el gestor interviene contra la voluntad del dueño, pero éste se aprovecha de los resultados de la gestión, que indemnice a aquél a beneficio de inventario: "El gestor que se encargue de un asunto contra la expresa voluntad del dueño, si éste se aprovecha del beneficio de la gestión, tiene obligación de pagar a aquél el importe de los gastos hasta donde alcancen los beneficios, a no ser que la gestión hubiere tenido por objeto librar al dueño de un deber impuesto en interés público, en cuyo caso debe pagar todos los gastos necesarios hechos".

Por último, el artículo 1906 reconoce el efecto retroactivo de la ratificación: "La ratificación pura y simple del dueño del negocio, produce todos los efectos de un mandato. La ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión principió". Este precepto es distinto en sus términos del correlativo del Código anterior. En éste simplemente se decía

que la ratificación del negocio producirá los mismos efectos que produciría el mandato expreso, pero no se agregó —como dice el actual— que la ratificación tiene efecto retroactivo al día que la gestión principió.

CAPITULO II

El Enriquecimiento sin Causa

1.—*Significación del término.*—A primera vista parecerá que todo enriquecimiento ilegítimo encierra un hecho ilícito, porque justamente su ilegitimidad evoca la idea de lo ilícito. Sin embargo, el término "ilegítimo", sólo significa que es sin causa, por lo que es más correcto emplear esta segunda denominación. No queremos decir forzosamente que aquel que se enriquece, lo haga ilícitamente, porque hay enriquecimiento de buena fe y de mala fe. En sentido contrario opina Planiol, para quien el enriquecimiento sin causa siempre es ilícito.

"Carácter ilícito del enriquecimiento sin causa.—Tradicionalmente se considera que este enriquecimiento origina una acción cuasicontractual que es la "de in rem verso". Débese esto a que la antigua acción romana así llamada, estaba unida a la gestión del peculio y, por consiguiente, a que se derivaba de actos contractuales. Pero si se tiene en consideración que el origen de la obligación de restituir, es el principio de que no es lícito conservar un enriquecimiento sin causa, a costa ajena, se llega a la conclusión indiscutible de que esta acción pertenece al grupo de las acciones derivadas de hechos ilícitos. Comp. Nº 812.

En consecuencia, no es la transmisión de un valor el origen de la obligación de restituir, sino el enriquecimiento obtenido a costa ajena". (Planiol, ob. cit., págs. 620 y 621).

Dado lo expuesto, creemos conveniente designar a esta fuente con el nombre de *"enriquecimiento sin causa"*, sólo para significar simplemente que no ha habido un motivo jurídico que como causa eficiente, justifique el aumento en un patrimonio y la disminución en otro. En todo enriquecimiento sin causa hay un cambio patrimonial que se traduce en beneficio para uno y en perjuicio para otro. Ahora bien, si este cambio patrimonial tiene una causa jurídica lícita o ilícita, ya no estamos en presencia de la fuente denominada enriquecimiento sin causa. Por ejemplo, el contrato válido siempre es una causa lícita que opera un cambio patrimonial respecto a las partes. V. gr.: la donación supone siempre un enriquecimiento del donatario y un empobrecimiento del donante, pero no podemos decir que es sin causa. El contrato es la causa lícita que explica por qué un valor pasa del patrimonio del donante, al del donatario. El delito constituye en algunos casos, un enriquecimiento

ilegítimo, pero no sin causa, porque ésta se encuentra en el delito: robo, abuso de confianza, fraude, etc.

A. Von Tuhr, Tratado de las Obligaciones. Traduc., por W. Roces, t. I, págs. 299 y 300.

"Rouast, proclamó la equidad por fundamento de la acción concebida, no como sentimiento del juez, sino como regla claramente determinada según la cual toda prestación debe ser equilibrada por la contraprestación correspondiente. El desequilibrio resultante de un enriquecimiento en detrimento de otro no debe quedar sin compensación. Regla antigua es ésta que viene del derecho romano e impuesta al juez como principio de derecho natural. Este es un derecho estable y obligatorio en defecto de un texto expreso de la ley.

Todas estas concepciones miran a buscar un "fundamento jurídico" a la acción de in rem verso".

"Ripert en su libro: La Régle Morale dans les Obligations Civiles, piensa que dicha acción reposa en el "deber moral" del enriquecido de indemnizar al que se empobrece. "El problema jurídico consiste sencillamente —agrega Ripert— en determinar el deber moral para que se le pueda atribuir figura de obligación civil". Y más adelante dice: "La moral no prohibe enriquecerse a expensas de otro, sino enriquecerse "injustamente". Como en la vida social es necesario eliminar en lo posible las distintas apreciaciones de la justicia, el legislador ha dado un cuadro para la organización de las relaciones sociales. El que en el empleo regular de estos medios se enriquece a expensas de otro, quizá quede obligado ante su conciencia, pero jamás esta obligación será civil: así, el que por un contrato lesivo se enriquece, no podrá ser legalmente obligado a restituir en tanto la lesión no sea causa de nulidad del contrato".

El fundamento moral de la acción de in rem verso, no es original de Ripert. La idea de la moral, como factor del derecho, es de filiación romana, estrechamente vinculada al concepto de la equidad, invocada por Maynz, Marcadé y otros jurisconsultos de su tiempo". (De Gásperi, ob. cit., v. II, págs. 369 y 370).

2.—*Las dos formas del enriquecimiento injusto, según Von Tuhr.*—A. Von Tuhr distingue dos grandes modos o formas en el enriquecimiento sin causa:

a) Por aumento y b) por la no disminución en el patrimonio del beneficiado.

Designaremos, siguiendo al autor que se acaba de citar, con la letra E al que se enriquece sin causa, y con la letra P al que se perjudica o empobrece sin que medie un motivo jurídico para ello.

a) *Enriquecimiento por aumento en el patrimonio de E.*—Esta consecuencia a su vez, ocurre en dos casos:

1. Cuando el activo patrimonial de E aumenta por la adquisición de un bien, de un valor, o de un derecho, sin que haya causa jurídica, y

2. Cuando el pasivo patrimonial de E disminuye por la cancelación injustificada de un gravamen o carga patrimonial o por la liberación

inmotivada de una deuda. En estas distintas hipótesis al disminuir el pasivo, necesariamente aumenta el patrimonio de E.

b) *Enriquecimiento por la no disminución en el patrimonio de E.*— Esta segunda forma de enriquecimiento ocurre cuando el patrimonio de E permanece idéntico, no obstante que debería haber disminuido por virtud de un pago que era a su cargo y que ejecuta en tercero por error, aprovechándose de ello el deudor o por la afectación que en circunstancias normales resultaran de asumir una obligación o responder de un gravamen.

3.—*Opinión personal.*—En nuestro concepto no hay una división lógica en las dos formas de enriquecimiento sin causa, que señala A. Von Tuhr, pues la disyunción no debe presentarse desde el punto de vista del aumento o de la no disminución en el patrimonio de E, sino en el aumento o en la disminución injustificados que experimenten respectivamente el patrimonio del beneficiado E o del perjudicado P.

Tomando en cuenta la anterior disyunción que proponemos, cabe a su vez distinguir en cada una de las formas de enriquecimiento, distintas hipótesis:

I.—*Enriquecimiento por aumento injustificado en el patrimonio de E.*

Esta especie se subdivide en los dos casos que distingue A. Von Tuhr, o sea: a) por aumento sin causa en el patrimonio de E, y b) por la no disminución en dicho patrimonio, cuando la misma era jurídicamente obligatoria.

II.—*Enriquecimiento por disminución inmotivada en el patrimonio de P.*

Nuevamente cabe distinguir en esta segunda especie, dos grandes modos: a) Disminución sin causa en el patrimonio de P, por la pérdida de un bien, valor o derecho, por virtud de un daño (menoscabo patrimonial o damnun emergens); b) No aumento en el patrimonio de P, cuando jurídicamente era procedente un ingreso o incremento en ese patrimonio. Tal cosa ocurre cuando se le priva de una ganancia que lícitamente pudo haber obtenido y no obtuvo, merced al enriquecimiento de E (lucrum cessans). También esta hipótesis suele ocurrir cuando, siendo P el acreedor, su deudor paga a E por virtud de un error.

Dada la interdependencia que existe entre el enriquecimiento de E y el empobrecimiento de P, es lógico que las formas que hemos mencionado al distinguir respectivamente entre el aumento en el patrimonio de E y la disminución en el patrimonio de P, se implican necesariamente,

pues para que el patrimonio de E experimente un enriquecimiento sin causa, debe ser a costa de P. De otra manera, el aumento en favor de E, sin perjudicar a nadie, debe reputarse como jurídicamente lícito, tal como ocurre en la adquisición de bienes sin dueño. A su vez, todo empobrecimiento de P, para que se considere ilegítimo o sin causa, debe traducirse en un aumento en el patrimonio de E. La simple pérdida sufrida por P sin beneficiar a nadie, no encaja, como es evidente, en el principio del enriquecimiento sin causa, que como su nombre lo indica, supone siempre un aumento patrimonial injustificado.

4.—*Procedimiento de exclusión.*—El enriquecimieno sin causa significa que no existe otra fuente a la cual podría imputarse el aumento patrimonial. Evidentemente que el delito implica un enriquecimiento ilegítimo y, en términos muy generales, sin causa, dándole a esta palabra el sentido de justificación; pero el delito es una fuente especial, cuyas consecuencias jurídicas serán semejantes a las que también se regulan para el enriquecimiento sin causa, pero no son idénticas. Por esto, en nuestro derecho, siguiendo el principio de que el enriquecimiento sin causa excluye la posibilidad de otra fuente, no aceptamos que los hechos ilícitos, especialmente los delitos, sean supuestos jurídicos que queden comprendidos en aquél. En cambio, en la doctrina y en la legislación alemanas, sí se acepta, dentro de la connotación general del término, tanto lo que nosotros llamamos enriquecimiento sin causa, como el aumento patrimonial que proviene de hechos ilícitos. Tendremos, por consiguiente, que proceder por exclusión a fin de llegar a concluir que un determinado caso se encuentra catalogado dentro del enriquecimiento sin causa, para aplicarle entonces las consecuencias que señala el Código Civil. El procedimiento de exclusión consistirá en determinar que no obstante que no se trata de un contrato, ni de una declaración unilateral de voluntad, ni de un delito, ni de un hecho ilícito en general, existe, sin embargo, un enriquecimiento. Como no podemos invocar otra fuente, entonces tendremos que admitir la fuente así llamada por la ley, para el efecto de imputarle las consecuencias especialísimas del enriquecimiento. Porque si convertimos, por ejemplo, el hecho ilícito, en un caso de enriquecimiento sin causa, le estaríamos dando las consecuencias de este último, al hecho ilícito, que está regulado en un capítulo aparte y tiene efectos distintos, aun cuando la mayor parte semejantes en cuanto a la restitución, a fin de lograr el equilibrio patrimonial que se rompió por ese hecho. De aquí la necesidad de destacar esta fuente, que es un hecho voluntario lícito, cuando hay buena fe, o un hecho voluntario ilícito, cuando hay mala fe.

El Código Civil italiano de 1942, reconoce el principio general del enriquecimiento sin causa y expresamente consagra el procedimiento de exclusión a que hemos aludido. El artículo 2042 dice al efecto:

2042. Carácter subsidiario de la acción.—La acción de enriquecimiento no es proponible cuando el perjudicado puede ejercitar otra acción para hacerse indemnizar por el perjuicio sufrido.

5.—*Clasificación del enriquecimiento sin causa.*—El enriquecimiento sin causa puede ser clasificado como un hecho voluntario lícito, cuando exista buena fe o como un hecho voluntario ilícito, cuando exista mala fe. En la regulación que hace el Código Civil de esta fuente, consagra primero un principio general y, después, reglamenta el pago de lo indebido, como la especie principal del enriquecimiento sin causa. En el principio general se comprenden las múltiples formas a través de las cuales puede pasar un valor de un patrimonio a otro, pero siempre y cuando no podamos encontrar una fuente específica de obligaciones, porque si existe, cualquier fuente que sea, lícita o ilícita, ya no habrá enriquecimiento sin causa. En ese caso tendremos que aplicar el régimen jurídico propio de la fuente que se trate, por ejemplo, del contrato de donación que implica desplazamiento de un valor patrimonial, o del delito, como una adquisición de un valor, etc.

6.—*Elementos.*—En el principio general que regula el Código Civil, debemos determinar la relación que existe entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. Los elementos lógicamente son los siguientes: I.—Que haya empobrecimiento de un patrimonio. II.—Que exista enriquecimiento de otro. III.—Que medie una relación de causa a efecto entre el primero y el segundo y IV.—Que no exista una causa jurídica que justifique ese desplazamiento patrimonial.—

Puede ocurrir que no exista la relación causal, es decir, que un patrimonio sufra un menoscabo y que otro experimente un beneficio, pero sin poder determinar la causa entre ambos fenómenos. Faltaría entonces este tercer requisito para que podamos sostener que hay un enriquecimiento sin causa. En cuanto al empobrecimiento y al enriquecimiento, se entiende que deben ser de carácter patrimonial. No se comprenden aquí beneficios extrapatrimoniales, o bien molestias, afectaciones o lesiones de carácter moral, de tal manera que si no puede justificarse un aumento en un patrimonio, *con la consiguiente disminución en otro,* aun cuando exista un cierto beneficio en un sujeto, no habrá por este hecho enriquecimiento sin causa. Por ejemplo: el jardín de una casa puede traer consigo un beneficio estético al vecino y originarle incluso un aumento en el valor de su propiedad, pero no podemos sostener que aquí hay un enriquecimiento sin causa, por gozar del jardín vecino, dado que

no ha existido una pérdida patrimonial en el dueño del jardín. Se requiere además del empobrecimiento en un sujeto, el enriquecimiento en otro. Es decir, como afirma Ennecerus, el obligado debe haber obtenido algo, mejorando su situación patrimonial.

"De acuerdo con lo expuesto, es necesario que concurran los siguientes extremos como fundamento de la restitución:

a) Falta de causa para adquirir, ya en el sentido de no mediar antecedente legítimo, como el de no responder a su propósito lícito el mantenimiento del beneficio;

b) Lesión al patrimonio. En ello se basa el interés del demandante que reclama la devolución;

c) Acrecimiento del activo. De ahí se deriva la responsabilidad, como igualmente el límite de la misma;

d) Nexo causal entre el hecho del agente y sus consecuencias b) y c). Es un factor indispensable para la responsabilidad, según lo dejamos establecido.

No es menester, en cambio, que intervenga la voluntad; ni por lo tanto, que el favorecido sea capaz para contraer obligaciones. Basta con los elementos enumerados para que surja el presente corolario, que por su efecto automático ofrece cierta similitud con la ciencia física, a modo de un equilibrio entre las masas de bienes. Este punto de vista no debe con todo, ser exagerado, incurriendo en el defecto que más adelante habremos de criticar a cierta escuela de autores". (Lafaille, ob. cit., t. VII, v. II, págs. 254 y 256).

7.—*Relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.*—Por lo que atañe a la relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, el Código Civil nos da una regla que debemos precisar. A primera vista parece que hay siempre equivalencia entre ambos y en verdad, ésta sería una hipótesis excepcional. No siempre el enriquecimiento de una persona corresponde exactamente al empobrecimiento de otra. Traducido en números, no siempre el enriquecimiento que alguien experimente en diez, será un empobrecimiento que otro sufra en diez. Caben aquí dos posibilidades más, que el enriquecimiento de diez suponga un empobrecimiento de quince, o que el enriquecimiento de diez suponga un empobrecimiento de cinco; es decir, puede el enriquecimiento estar en relación de equivalencia con el empobrecimiento, puede ser mayor que éste, o puede ser menor. El Código, en su principio general, no sólo parte de la hipótesis de equivalencia y por esto nos dice el artículo 1882: *"El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido"*. No hay dificultad, cuando exactamente el empobrecimiento corresponda al enriquecimiento, pues entonces existirá la obligación de indemnizar el primero, en la medida del segundo. Ahora ¿cómo resolver las otras dos hipótesis? Desde luego tenemos una regla como el principio básico y, además, el espíritu jurídico del artículo. Si el enrique-

cimiento es mayor que el empobrecimiento, lógicamente no puede indemnizarse en la cuantía del primero, sino en la medida del segundo. De lo contrario, la ley estaría permitiendo un enriquecimiento sin causa en el que fue primero víctima, pues si ésta se ha empobrecido en diez y otro se ha enriquecido en quince, y la ley tolerase que se le indemnizara en quince, tendría un enriquecimiento sin causa en cinco. Tendrá que aceptarse que cuando el enriquecimiento sea mayor que el empobrecimiento, el beneficio que exceda, siempre quedará en favor de aquel que lo ha recibido, porque a nadie perjudica retenerlo. En la relación causal tendremos que imputarlo a otra causa, no al empobrecimiento que un tercero haya experimentado. En el caso contrario, es decir, cuando el enriquecimiento sea menor que el empobrecimiento, es lógico que *en principio, cuando haya buena fe,* sólo se deberá indemnizar en la medida del primero, pues no teniendo la reparación patrimonial que aquí se decreta, un carácter sancionador, exclusivamente procederá la restitución del valor recibido.

8.—*Buena o mala fe.*—En el caso que antecede, procede, sin embargo, hacer una distinción: si ha habido mala fe, debe indemnizarse en la medida del empobrecimiento; si ha habido buena fe, debe indemnizarse en la medida del enriquecimiento. Podemos aplicar al problema, las normas relativas al pago de lo indebido por ser la especie que toma en cuenta la ley para darnos mayores reglas. Si de buena fe un sujeto recibe un pago que no le corresponde, por un verdadero error, tanto del que paga como del que recibe y suponemos que el enriquecimiento es menor que el empobrecimiento (porque se pierdan, por ejemplo, los frutos de la cosa), dada la buena fe de aquel que se enriquece, no debe indemnizar sino en la medida en que se enriqueció, restituyendo la cosa; pero si los frutos se perdieron, no tendrá que pagarlos. En cambio, si de mala fe él recibió, lo que se llama la recepción dolosa de lo indebido, entonces, un principio evidente de justicia nos indica que aquí debe indemnizarse, no en la medida del enriquecimiento, que es menor, sino del empobrecimiento que fue mayor. Si los frutos se perdieron, debe pagarse no sólo el valor de la cosa, sino además aquéllos, porque la traslación patrimonial tuvo sólo como causa, la mala fe del que recibió la cosa y debe haber no sólo un efecto restitutorio, sino también una pena.

9.—*Elementos del enriquecimiento sin causa, según Bonnecase.*—Para este autor, dos elementos son esenciales para que exista el enriquecimiento sin causa: el primero consiste en una pérdida o desplazamiento de un valor que pasa de un patrimonio a otro; el segundo se refiere a la no justificación de ese cambio patrimonial.

Elementos de Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones, de los Contratos y del Crédito, traducción de José M. Cajica, Jr., Puebla, 1945, págs. 315, 316, 318 y 320.

10.—*Pago de lo indebido.*—La noción general del pago de lo indebido supone que sin existir obligación alguna, una persona, por error de hecho o de derecho, paga lo que realmente no debe. Por consiguiente, el pago de lo indebido descansa: a) en la inexistencia de una obligación; b) en un error de hecho o de derecho. Sin embargo, caben dos casos más al lado de la ausencia de deuda: el de la *obligación extinguida* y el de *débito ilícito*. La ausencia de obligación se puede presentar, como explica Planiol, en tres casos:

I.—Porque realmente no exista ninguna obligación entre el que paga y el que recibe. El primero se denomina *solvens*, y el segundo, *accipiens*. Cita Planiol como ejemplo el caso en que la mujer, como heredera del marido, cubre una deuda pensando falsamente que era obligación de su esposo, cuando en realidad no existió nunca esa obligación.

II.—Cuando hay una obligación, pero el *solvens* no es deudor y el *accipiens* sí es acreedor. Por un error de hecho o de derecho alguien puede reputarse deudor sin serlo, como ocurre sobre todo en el caso de herencia, en que el heredero puede falsamente considerarse deudor y pagar. El acreedor sí tiene este carácter; la relación jurídica existe, pero el que ejecuta el pago no es el deudor.

III.—Cuando existiendo la relación jurídica, el verdadero deudor paga al que no es acreedor. También un error de hecho o de derecho puede originar este pago.

En las tres hipótesis, el acreedor o el que recibió el pago, están obligados a la restitución, bien porque no hay obligación, o porque aun cuando se tenga el carácter de acreedor, recibió un pago de quien no era el deudor o bien, porque ostentándose como acreedor, aceptó un pago sin serlo.

11.—*El error.*—En el Código actual se admite que el error puede ser de hecho o de derecho. El anterior sólo permitía el error de hecho. En cambio, en el vigente, el Art. 1883 dice: "*Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla. Si lo indebido consiste en una prestación cumplida cuando el que la recibe procede de mala fe, debe pagar el precio corriente de esa prestación; si procede de buena fe, sólo debe pagar lo equivalente al enriquecimiento recibido*".

Ahora bien, como el Código de 1928 admite las dos formas del error, se deduce de aquí que en la actualidad el error de derecho sí da lugar a la restitución en el pago de lo indebido.

Enneccerus, t. II, v. II, págs. 591 y 592.

12.—*Carga de la prueba.*—La carga de la prueba se impone siempre respecto del que hace el pago, es decir, del *solvens*. Como éste incurre en un error, se supone que hay una omisión, un descuido de su parte, y que está obligado, por consiguiente, a probar dos cosas. 1º Que hizo el pago; 2º Que lo llevó a cabo por error. No basta demostrar sólo lo primero, porque puede existir la transferencia de un valor patrimonial por una liberalidad o por otra causa jurídica, y por tanto debe demostrarse además, como segundo elemento de la acción intentada, que hubo el error en el pago. Dice el Art. 1891: *"La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho. También corre a su cargo la del error con que lo realizó, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclama. En este caso, justificada la entrega por el demandante, queda relevado de toda prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que recibió".*

Si el *accipiens* niega haber recibido el pago, entonces el actor sólo tiene que justificar que lo realizó, porque en este caso la mala fe del demandado, que se fundó en un hecho falso, libera de prueba al actor, por lo que se refiere al error con que hizo el pago.

13.—*Presunciones legales.*—En este último caso se presume por la ley que el pago fue hecho indebidamente. Puede el demandado negar haber recibido el pago, pero si el actor demuestra que sí lo realizó, todavía aquél podía justificar una causa jurídica para haberlo recibido, porque la forma en que se plantea la controversia sólo es en el sentido de si hubo o no pago de lo indebido. Por consiguiente el *accipiens* puede negar haber recibido algo sin causa, pero esto no excluye la posibilidad de que lo haya recibido por alguna causa jurídica preexistente; por esto, dice el Art. 1891 que esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que recibió.

Para facilitar esta prueba, se admite una presunción legal; pues si el actor demuestra que no existía la obligación, o que la misma ya estaba cumplida, se presumirá que el pago se ejecutó por un error porque no se concibe otra posibilidad ante la prueba de que la obligación se había extinguido o que estaba ya cumplida.

Sin embargo, esta presunción es juris tantum, porque el demandado tiene todavía la posibilidad de justificar que no fue un pago lo que le hizo, sino una donación o cualquiera otra liberalidad. Dice el Art. 1892: *"Se presume que hubo error en el pago cuando se entrega cosa que no se debía o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pide la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por cualquiera otra causa justa".*

14.—*Restitución.*—Trataremos ahora las consecuencias del pago de lo indebido, consistentes en la restitución. Puede presentarse a propósito de la misma los siguientes casos: 1º Se ha pagado una cosa que se conserva en el patrimonio del que recibió el pago. En esta hipótesis es posible la restitución en especie. 2º Se ha pagado una cosa que fue enajenada. No es posible, en principio, la restitución, pero es necesario distinguir si la enajenación se hizo a título oneroso o gratuito, y a su vez, si en el primer caso fue de buena o de mala fe. Para la enajenación a título gratuito no importa el dato de la buena o mala fe.

Analizaremos estos distintos casos:

1º—Se ha pagado una cosa que se conserva en el patrimonio del *accipiens.* Pueden presentarse las siguientes hipótesis: a) Se pagó una cosa cierta y determinada. Debe ésta restituirse en especie; b) Se pagó una cantidad; debe también restituirse; la buena o mala fe sólo traerá como consecuencia la obligación de pagar intereses, cuando exista mala fe, o de no pagarlos cuando se recibió de buena fe la cantidad entregada; c) Se entregó otra prestación que no es ni cosa determinada, ni dinero. En este caso se distingue: si el *accipiens* procedió de buena fe, sólo debe devolver el monto del enriquecimiento ilegítimo. En cambio, si recibió la prestación de mala fe, está obligado a devolver su valor corriente en el momento en que la recibió.

2º—Se ha pagado una cosa que fue enajenada. Esta enajenación puede llevarse a cabo a título oneroso o gratuito. Si es a título oneroso, es necesario distinguir si hay buena fe en el enajenante y en el adquirente, o si hay mala fe. Si existe buena fe, el *solvens* no tiene derecho a reivindicar la cosa; aquí se deroga la regla general de que el dueño puede reivindicar cuando no ha existido una transferencia legítima de la cosa, pues como se recibió de buena fe y a la vez se enajenó a un tercero que la adquirió también de buena fe, se justifica que deba derogarse la citada regla, porque ha sido debido a un error que es imputable al dueño, por lo que pasó la cosa de su patrimonio al del *accipiens* y posteriormente al del tercero.

Este es el único caso en el derecho, en el que se admite una excepción al derecho de reivindicar. Todos los demás casos suponen que el dueño es ajeno a la transferencia de la cosa; que, por consiguiente, no le es imputable que un tercero venda cosa ajena o transmita su propiedad, y que en esa virtud, siempre podrá reivindicar de cualquier poseedor. Como en el pago de lo indebido es el mismo dueño el que por un error que le es imputable, ha originado esta situación de transmitir la cosa de un patrimonio a otro, debe soportar las consecuencias de su error y no

se le permite la reivindicación; pero si la enajenación se llevó a cabo de mala fe, entonces sí puede reivindicar, es decir, podrá perseguir el bien en manos del tercer poseedor. Sólo se exceptúa el caso, en el Código vigente, de que el enajenante proceda de mala fe, pero el adquirente de buena fe. Entonces el Código actual, modificando al anterior, niega la acción reivindicadora, porque, estima que en el conflicto de intereses del dueño y del tercero adquirente de buena fe, deben prevalecer los de éste último. Por esto, a pesar de la mala fe del enajenante, no es posible la restitución, y sólo éste está obligado a indemnizar al *solvens* que por error entregó una cosa en pago.

Si la enajenación es a título gratuito, no importa que haya buena o mala fe para permitir al dueño la reivindicación de la cosa; pues no se lesionan los derechos de terceras personas, porque se supone que han adquirido gratuitamente. No importa que lo hayan hecho de buena fe; no interesa que el enajenante también haya recibido de buena fe; es en este caso digno de mayor protección el interés del *solvens* para exigir la devolución de la cosa y poder reivindicarla en manos de cualquier tercero.

Además de esta consecuencia principal respecto a la restitución de la cosa, el Código Civil reglamenta consecuencias secundarias que se refieren a la obligación de devolver frutos y de responder de los menoscabos o deméritos que la cosa sufra. Para regular estas obligaciones secundarias toma en cuenta el dato de la buena o la mala fe. Aquel que recibió una cosa de buena fe, no está obligado a restituir frutos; tampoco responde de los menoscabos o pérdidas de la cosa, originados por caso fortuito o fuerza mayor, pero sí de aquellos motivados por su culpa.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA

15.—"*Enriquecimiento Ilegítimo. Elementos.*—La acción de enriquecimiento ilegítimo a que se refieren los artículos 1882 del Código Civil y 26 del de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, está constituida por los siguientes elementos: 1.—Enriquecimiento del demandado, quien obtiene algo que no estaba en su patrimonio. 2.—Empobrecimiento del actor, al perder algo que estaba en su patrimonio, o dejar de recibir lo que tenía derecho. 3.—Que exista vínculo de causalidad entre los dos elementos anteriores, es decir deben ser recíprocos y correlativos, de tal manera que no pueda existir el enriquecimiento si no es como efecto del empobrecimiento y a la inver-

sa. 4.—Que el desplazamiento patrimonial carezca de causa jurídica, contractual o extracontractual, de modo que la persona empobrecida no tenga otro medio para obtener la indemnización". (Tesis 182 de la última compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1965, cuarta parte, pág. 572).

ENRIQUECIMIENTO ILEGITIMO. ELEMENTOS

La acción de enriquecimiento ilegítimo a que se refieren los artículos 1882 del Código Civil del de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, está constituida por los siguientes elementos: 1.—Enriquecimiento del demandado, quien obtiene algo que no estaba en su patrimonio. 2.—Empobrecimiento del actor, al perder algo que estaba en su patrimonio, o dejar de recibir a lo que tenía derecho. 3.—Que exista vínculo de causalidad entre los dos elementos anteriores, es decir, deben ser recíprocos y correlativos, de tal manera que no pueda existir el enriquecimiento si no es como efecto del empobrecimiento y a la inversa. 4.—Que el desplazamiento patrimonial carezca de causa jurídica, contractual o extracontractual, de modo que la persona empobrecida no tenga otro medio para obtener la indemnización.

Amparo directo 9260/1950. Guadalupe Avila Camacho de Velarde. Unanimidad de 5 votos. Tomo CVIII. Pág. 1715.

Amparo directo 7943/1950. Librado Mijangos. Unanimidad de 5 votos. Tomo CXIX. Pág. 298.

Amparo directo 5889/1957. Manuel Melo Ríos. Unanimidad de 5 votos. Vol. XV. Pág. 154.

Amparo directo 2190/1957. Isaac Landau Eidels. Unanimidad de 5 votos. Vol. XXXII. Pág. 152.

Amparo directo 7233/1958. Arturo Gómez Núñez. Unanimidad de 4 votos. Vol. XLVI. Pág. 81.

JURISPRUDENCIA 182 (Sexta Epoca), Página 572, Sección Primera, Volumen 3ª Sala. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965.

ENRIQUECIMIENTO ILEGITIMO. *Prestaciones sin causa.*—Por causa debe entenderse el elemento justo y legal que determina la prestación que hace una de las partes a favor de la otra; pero si el elemento es ilegítimo, la prestación carece de causa y hay enriquecimiento indebido.

Amparo directo 4657/1956. Petróleos Mexicanos. Enero 10 de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Alfonso Guzmán Neyra.
3ª Sala. Sexta Epoca, Volumen VII, Cuarta Parte, Pág. 187.

ENRIQUECIMIENTO ILEGITIMO, PROCEDENCIA DE LA ACCION DE.—La acción de enriquecimiento ilegítimo, sólo procede cuando no ha habido causa de mutación del patrimonio; pero si su transferencia obedece a un pacto celebrado entre las partes, no puede hablarse de una hipótesis semejante a la que aparecería cuando se mezclan dos cosas que no se pueden separar y que producen el enriquecimiento de un sujeto, el dueño de la principal, a costa del enriquecimiento del otro. Para que proceda la acción de enriquecimiento ilegítimo, se necesita que no haya habido ninguna causa jurídica que explique el desplazamiento total o parcial de un patrimonio, de una persona a otra.

Amparo directo 6437/1958. Luis Mendoza Ugalde. Enero 4 de 1962. Mayoría de 4 votos. Relator: Mtro. José López Lira.
3ª Sala. Sexta Epoca, Volumen LV, Cuarta Parte, Pág. 28.

ENRIQUECIMIENTO ILEGITIMO (*Legislación de Chihuahua*). Toda acción de cobro lleva implícita la de enriquecimiento ilegítimo.

Amparo directo 3794/1958. Sucesión de Rosario Robles Balderrama. Abril 3 de 1959. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. Mariano Ramírez Vázquez.
3ª Sala. Sexta Epoca, Volumen XXII, Cuarta Parte, Pág. 251.

ENRIQUECIMIENTO ILEGITIMO, DETERMINACION DEL. EN LA EJECUCION DE SENTENCIA (*Legislación de Veracruz*).—Es legal que en la ejecución de sentencia se determine todo aquello en lo cual consiste el enriquecimiento ilegítimo obtenido por el demandado, con motivo de haber disfrutado de los bienes donde recayeron los derechos hereditarios, cuya cesión se declaró inexistente, y que equivale al empobrecimiento sufrido por el actor, de lo que deberá ser indemnizado.

Amparo directo 2633/1958. Donato Antonio Pérez. Enero 7 de 1959. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. José López Lira.
3ª Sala. Sexta Epoca, Volumen XIX, Cuarta Parte, Pág. 100.

ENRIQUECIMIENTO INEXPLICABLE DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DEL ESTADO Y MUNICIPIOS. JUICIO DE. ES DE NATURALEZA CIVIL. (*Legislación del Estado de Sonora*).—El enriquecimiento injusto o el enriquecimiento sin causa legítima en perjuicio de otro, o el enriquecimiento inexplicable como se denomina en la legislación del Estado de Sonora, en la Ley que reglamenta la responsabilidad de altos funcionarios y empleados del Estado y Municipios, puede tener aspectos delictivos cuando hay un acto u omisión que sancione las leyes penales de aquella entidad federativa o bien tener un aspecto esencialmente civil, cuyo antecedente más remoto se encuentra en el Digesto con el título de "De Regulis Juris" en el que se establece que según el derecho natural y la equidad ninguno debe enriquecerse en detrimento de otro, ya se trate de un particular o de un funcionario público, concediendo la "Conditio Sine Causa" para que, siempre que no haya un acto jurídico que justifique el enriquecimiento de uno, o sea, cuando aumente su patrimonio en detrimento de otro, exista la obligación unilateral de aquél de restituir o indemnizar lo que haya enriquecido ilegítimamente. Por ello, del análisis de los preceptos legales relativos, se desprende con toda claridad que en los casos de enriquecimiento inexplicable de los funcionarios y empleados del Estado de Sonora y de los Municipios, se establecen en esencia dos diversas e independientes especies de responsabilidades, una de carácter penal y la otra de carácter civil, y por ende deben proseguirse mediante acciones diferentes.

Reclamación en el amparo directo 1836/78. Gobierno del Estado de Sonora. 15 de marzo de 1979. 5 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Carlos Alfredo Soto Villaseñor.

CAPITULO III

De la Responsabilidad Objetiva

1.—*Concepto.*—La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado, es una fuente de obligaciones reconocida en algunos códigos de este siglo, por virtud de la cual, aquel que hace uso de cosas peligrosas,

debe reparar los daños que cause, *aun cuando haya procedido lícitamente*. Este principio que existe en el Código ruso y que ha inspirado a nuestro artículo 1913 del Código Civil, encierra una fuente de obligaciones distinta de la responsabilidad por culpa o dolo. En el caso de la responsabilidad objetiva, se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el *uso lícito de cosas peligrosas*, que por el hecho de causar un daño, obligan al que se sirve de ellas, que puede ser el propietario, el usufructuario, el arrendatario, o el usuario en general, a reparar el daño causado.

"Es casi imposible hacer una lista completa de las cosas peligrosas por sí mismas, lista que, por otra parte, frecuentemente tendría que variarse, pues nuevos descubrimientos científicos harían ingresar a la lista otras cosas o excluirían de ellas las que habrán dejado de ser peligrosas.

No se debe dar una interpretación restrictiva al artículo 1913 y pretender que solamente son peligrosas las cosas que expresamente menciona". (Francisco H. Ruiz, Breves Consideraciones Sobre la Responsabilidad Civil, Formuladas con Motivo de una Ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, trabajo publicado en la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, tomo VIII, abril-junio de 1946, núm. 30, págs. 467 y 468).

2.—*Elementos de la responsabilidad objetiva.*—Los elementos que podemos precisar en esta nueva fuente, producto principalmente del maquinismo y de la industria moderna, son los siguientes:

1º—El uso de cosas peligrosas,

2º—La existencia de un daño de carácter patrimonial,

3º—La relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

Tomando en cuenta que exclusivamente se parte de esta relación causal entre el hecho, o sea el uso de cosas peligrosas, y el daño producido, se le ha llamado teoría de la responsabilidad objetiva, para distinguirla de la responsabilidad subjetiva, en la cual se parte de un elemento estrictamente personal, o sea, la negligencia, la culpa o el dolo. En cambio, en la teoría de la responsabilidad objetiva, se prescinde de este elemento interno o subjetivo, para tomar en cuenta sólo un conjunto de datos de carácter objetivo, consistentes en el uso de cosas peligrosas, en el hecho de que causan un daño de carácter patrimonial y en la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño. Analizaremos los tres elementos mencionados para precisar su alcance.

"A la teoría de la responsabilidad objetiva se le ha dado el nombre de teoría de la responsabilidad por el riesgo creado (que fue pro-

puesto con éxito por Ripert), cuando reviste la modalidad de que el daño se origine por el ejercicio de una actividad peligrosa o por el empleo de cosas peligrosas que han hecho nacer un riesgo para los demás. Conforme a esta teoría toda actividad que crea un riesgo para los demás hace responsable al agente de los daños que cause, sin necesidad de que se investigue si hubo o no culpa de su parte. El hombre que por su actividad puede procurarse algún provecho, es justo que repare el daño que ocasione esa actividad. Ubi emolumentum ibi onus, decían los romanos. A los provechos deben corresponder las pérdidas. La responsabilidad por el riesgo creado es la contrapartida del provecho que produce el empleo de cosas peligrosas. El empleo de estas cosas por sí mismo, no puede constituir una culpa, nada hay de reprochable en él; pero siempre crea un riesgo que, cuando origina daños sirve de fundamento a la responsabilidad.

La responsabilidad por el riesgo creado tiene un doble fundamento: el económico, conforme al principio que las ganancias y las pérdidas deben corresponderse; el social, por aplicación del principio de solidaridad en el reparto de las pérdidas.

En la teoría del riesgo creado se exige para que nazca la responsabilidad: 1º El uso de una cosa peligrosa o el ejercicio de actividades reputadas por la ley como peligrosas. 2º La realización de un daño. 3º Una relación de causa a efecto entre la cosa o actividad peligrosas y el daño causado. No se toma en cuenta en esta teoría el elemento subjetivo de la culpa imputable al agente". (Francisco H. Ruiz, Revista citada, págs. 465 y 466).

3.—*Cosas peligrosas.*—Dentro del término "cosas peligrosas" comprendemos los mecanismos, aparatos o substancias, que por su naturaleza puedan crear un riesgo para la colectividad. La peligrosidad debe apreciarse tomando en cuenta la *naturaleza funcional de la cosa;* es decir, no la cosa independientemente de su función, sino la cosa funcionando, por ejemplo, un automóvil es cosa peligrosa cuando funciona, cuando está en marcha, desarrollando determinada velocidad. un cable de energía eléctrica es cosa peligrosa cuando conduce la energía, es decir, cuando funciona normalmente. Una pistola es cosa peligrosa cuando está en condiciones de funcionar como pistola, etc. Pueden existir cosas peligrosas por sí mismas y esto ocurrirá sólo con las substancias explosivas o inflamables, que por factores independientes de su funcionamiento mismo, por ejemplo, por el clima, por el calor atmosférico, etc., se convierten en substancias peligrosas, pero exceptuando este

caso, en general, los mecanismos, los aparatos, los instrumentos, etc., son peligrosos, en tanto y cuanto se atienda a su naturaleza funcional.

Enneccerus, ob. cit., t. II, págs. 725 y 726.

No obstante, el Art. 1913 del Código Civil distingue dos tipos de cosas peligrosas: por sí mismas, o por la velocidad que desarrollen, por la corriente eléctrica que conduzcan, por su naturaleza explosiva o inflamable o por otra causa semejante. Dio lugar la responsabilidad objetiva a que especialmente la jurisprudencia francesa discutiera si podrían existir cosas peligrosas en sí mismas, llegándose a la conclusión de que las cosas no pueden ser peligrosas por sí mismas; que siempre es necesaria la intervención del hombre para hacerlas funcionar, para ponerlas en movimiento, para conducir la energía eléctrica, de tal manera que sólo ciertas substancias explosivas podrán ser peligrosas por sí mismas, pero aun ellas mismas requieren determinadas causas, para que en verdad sean peligrosas. Por este motivo, se ha entendido el Art. 1913 en el sentido de que la cosa se convierte en peligrosa, en tanto y cuanto cumpla una función, que es la que crea el riesgo o, como decimos, la peligrosidad de la cosa depende sólo de su naturaleza funcional; aquellas cosas que están llamadas por su propia naturaleza a desarrollar una función, a cumplir con un fin, son peligrosas porque sólo podrán cumplir su fin en tanto que originen un riesgo; por ejemplo: los mecanismos al funcionar, los vehículos por la velocidad que desarrollan, los cables de energía eléctrica en tanto y cuanto conduzcan dicha energía.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. VI, págs. 668 y 669.

"El concepto de cosa peligrosa es todavía vago e impreciso. La distinción entre cosa peligrosa y no peligrosa es difícil de establecer. Hay cosas inertes por sí mismas, que la actividad que pueden desarrollar procede del exterior y cesa cuando dejan de recibir el impulso que viene de fuera. Pero hay otras cosas que tienen, como dicen los autores, "dinamismo propio" que puestas en actividad funcionan en virtud de su acción propia, de las energías que desarrollan en su interior, sin necesidad de que siga interviniendo la obra del hombre; cosas que puestas en movimiento, generan fuerza mecánica propia para continuar produciendo sus efectos independientemente de la actividad humana. En estas cosas entran en juego energías que el hombre puede desatar, pero que ya en actividad, sólo relativamente las controla y dirige. A medi-

da que crece la intensidad de esas fuerzas, que aumenta la velocidad de los movimientos que producen, se vuelve más difícil que el hombre las domine por completo y las dirija a su voluntad. Su uso se vuelve peligroso y crean un riesgo que amenaza a los demás.

Por otra parte, hay cosas que por su naturaleza inflamable o explosiva son de muy peligroso manejo y aunque se proceda cuidadosa y diligentemente, pueden producir efectos dañosos no sólo para el que las usa, sino también para los demás, creando así un riesgo para todos.

Cosas o actividades de esa naturaleza son peligrosas por sí mismas, aunque el agente no incurra en culpa al utilizarlas. Quien para su provecho emplea tales cosas y ese empleo produce el daño que se temía, es justo que se le obligue a indemnizar a la víctima de los daños que ha sufrido. Cuando se teme un siniestro la prudencia aconseja prevenir sus resultados desastrosos por medio del seguro correspondiente, que es un medio eficaz que permite el normal desarrollo de actividades peligrosas que originan riesgos, y al efecto, la ley ha organizado el sistema de seguros. Algo semejante debe pasar con los riesgos que crean el ejercicio de una industria o el empleo de una cosa que sea peligrosa: cuando el que la goce o la utilice no recurre al seguro, la ley lo constituye su propio asegurador.

Hay actividades que aunque peligrosas para los terceros, la ley las tolera por consideraciones de interés general a causa de la utilidad que prestan a la colectividad y porque los males que pueden causar, además de ser reparables en la mayoría de los casos, son mucho menores que los provechos que de ellas se obtiene. Mas si su ejercicio autorizado, y, por lo mismo lícito, causa daños a terceros, el que las ejerce en su provecho debe repararlos. La vida social exige sacrificios en interés de la colectividad y en cierto grado de civilización es imposible prescindir del ejercicio de determinadas actividades por más que entrañen un riesgo para los terceros. En estos casos no se puede prohibir el ejercicio de tales actividades, los perjuicios que originen no da derecho al que los sufre para hacer que se paralicen; pero sí tiene derecho a la correspondiente indemnización, no como el resultado de una conducta culpable —puede no haber existido la culpa— sino como justa reparación del daño que ha sufrido.

Establecer la responsabilidad por el riesgo creado no es, como lo pretende algún autor, volver a los tiempos bárbaros anteriores a la Ley Aquilia, en que sólo se atendía a la materialidad de los hechos para fundar la responsabilidad, sino superar una doctrina (la de la culpa) que el maquinismo con la inmensa variedad de accidentes que produce.

la multiplicidad de los medios de transporte y en general una profunda evolución en el orden económico, lo han vuelto deficiente e inadecuada". (Francisco H. Ruiz, Revista citada, págs. 466 y 467).

4.—*Los edificios pesados son cosas peligrosas por las condiciones del subsuelo de la ciudad de México.*—En México se ha planteado el problema por la naturaleza especial de nuestro subsuelo, de si los edificios pesados son cosas peligrosas en razón de su peso mismo. En este sentido la jurisprudencia de la Suprema Corte para resolver el caso concreto, no ha sido uniforme. Primero estimó que los daños causados por los edificios pesados quedaban comprendidos en la teoría de la culpa, afirmando que se violaba el artículo 839 del Código Civil, que prohibe hacer excavaciones o construcciones sin que se hagan las obras de consolidación necesarias para evitar daños a terceros. Dice así el precepto: "En un predio no pueden hacerse excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al subsuelo de la propiedad vecina; a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo daño a este predio".

Opinó la Corte, en su primera etapa, al interpretar este artículo, que al violarse esa norma prohibitiva, había una responsabilidad por culpa, derivada exclusivamente de no ejecutarse las obras de consolidación indispensables. Posteriormente, la Corte modificó esta tesis, porque aun cuando se ejecutaren las obras de consolidación necesarias, no obstante que se cumpliere con el reglamento de construcciones, los edificios pesados causaban daños a las propiedades contiguas. Ya no se pudo entonces imputar culpa, porque se cumplía con la norma que precisaba cuáles deberían ser las obras de consolidación. Sin embargo, con el objeto de proteger a las víctimas de esos daños, se fundó entonces la siguiente tesis: Se consideró que el artículo 839 se refiere a las obras de consolidación indispensables que la técnica exige para evitar todo daño; que por tanto, el reglamento no es el que puede determinarlos; en cada caso concreto, según la naturaleza del subsuelo, de las condiciones de las propiedades contiguas, de la elevación de la construcción, de su peso, de la calidad de los materiales, se deberán calcular las obras de consolidación, pues éstas tienen que ser fijadas de acuerdo con las reglas de la técnica y, por lo tanto, si se causan daños a las propiedades contiguas, se tiene la demostración evidente de que no se ejecutaron las obras de consolidación necesarias. Se fundó la Corte en que es un problema técnicamente previsible y susceptible de resolverse con absoluta seguridad; que antes de levantar un edificio, se podrá saber hasta qué

grado deben llevarse a cabo las obras de consolidación, para no causar el menor daño a las construcciones contiguas. Si resulta incosteable la construcción por las obras de consolidación, es un problema que no debe tomarse en cuenta; pues no por evitarse un gasto por cimientos de mayor valor, será lícito causar daño a las propiedades contiguas. Por último, se ha llegado a comprender que no es posible prever absolutamente un resultado seguro, a pesar de la mejor cimentación y de que se cumplan con todas las reglas de la técnica, porque existen factores que escapan a la previsión humana, tales como la naturaleza misma del subsuelo que puede cambiar por las lluvias que pueden ir alterando la zona del subsuelo, etc. Y entonces se pensó que la construcción de edificios pesados de la ciudad de México, por la naturaleza especial de su subsuelo, queda comprendido en el caso del artículo 1913 del Código Civil; porque el edificio es una cosa peligrosa en razón de su peso. Se tomó en cuenta al efecto, que el artículo 1913 habla de otras causas análogas y aun cuando se refiere en general a bienes muebles, como aparatos, sustancias peligrosas, también comprende inmuebles, por ejemplo, mecanismos adheridos permanentemente al suelo. En el artículo 1932 se habla del peso de las máquinas, de tal suerte que aquí la peligrosidad está precisamente en el peso. Además, se relaciona el peso con los movimientos mismos del subsuelo, en el caso de riesgos inherentes a la construcción.

"La tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo promovido por Rigaviel, S. A., pronunció una interesante ejecutoria. Estudia y resuelve la ejecutoria la muy debatida cuestión relativa a la responsabilidad civil originada por los daños causados en las propiedades vecinas con la construcción de edificios.

Conforme al extracto de la ejecutoria publicado en el Boletín de Información Judicial de la Suprema Corte de Justicia correspondiente al mes de octubre próximo pasado (1945), la H. Tercera Sala de ese Alto Tribunal, sostiene; que el artículo 839 del Código Civil dispone que en un predio no deben hacerse excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina, a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo daño a este predio; que este precepto, apoyado en la responsabilidad objetiva, excluye la idea de culpa para el obligado y hace descansar la responsabilidad en el riesgo creado, esto es, quien para obtener beneficio o utilidad personal crea un riesgo, debe reportar las consecuencias que produzca; que el precepto tiende a evitar que el que construya cause daño a la propiedad vecina, pues sólo puede construirse a condición de no causar daño el vecino; que en consecuencia, aun cuando la obra se ejecute con la previa consolidación y de acuerdo con los conocimientos técnicos indispensables, si se causan daños y perjuicios, se está en el caso del precepto mencionado, supuesto que ellos demuestran que la consolidación no fue suficiente para evitar el daño;

que el citado precepto se refiere a que las excavaciones o construcciones no deben hacer perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina, por lo que si ésta no ha sufrido daños en su cimentación, pero sí en el suelo que la sostiene, es de aplicarse tal precepto". (Francisco H. Ruiz, Revista citada).

Los asentamientos del terreno convierten al edificio en una cosa peligrosa y debe responderse de los daños causados, aun cuando se cumpla con todas las reglas que la técnica exija y aun cuando la cimentación exceda de la que está prevista en el reglamento de construcciones.

Esta es la etapa actual, de tal manera que los daños causados por todos los edificios pesados, ya quedan dentro del astículo 1913 y sólo habrá que demostrar que los daños tienen como causa directa la construcción. Aquí se hace necesario tomar en cuenta el tercer elemento a que nos hemos referido, porque no siempre existirá la relación causal. Supongamos que los deterioros que presente una construcción se deben a su mal estado; v. g.: por vejez, por ruina o por falta de reparaciones, de tal manera que la construcción de un edificio contiguo, no sea en realidad la causa de esos daños, o éstos pueden ser ocasionados por un temblor y después ser imputados a un edificio pesado que está colindante o contiguo, como ha ocurrido con los diversos temblores que ha habido en México, ocasionando daños a propiedades, que después se pretenden imputar a edificios contiguos. Pero probada la relación causal, es decir, que la causa de los daños ha sido la construcción contigua, habrá derecho a exigir la responsabilidad.

5.—*Existencia de un daño de carácter patrimonial.*—El segundo elemento requiere que el daño sea de carácter patrimonial; *no se indemniza en la teoría objetiva el daño moral.* El artículo 1916 reconoce el daño moral y dispone que será indemnizado cuando exista hecho ilícito. Por esto se ha sostenido que cuando el daño se cause por el uso de cosas peligrosas, procediendo lícitamente, sólo debe repararse el que fuere patrimonial. Por ejemplo: es frecuente causar la muerte de personas en la conducción de vehículos. Si se demuestra que no hubo hecho ilícito, ni culpa inexcusable de la víctima, de tal manera que el daño se produjo procediendo lícitamente, pero por el uso de un aparato peligroso, sólo se indemniza el daño patrimonial, pero no el moral, que se calcula, según el artículo 1916, en una tercera parte del patrimonial. En cambio, cuando se comprueba que hubo hecho ilícito, la responsabilidad se fundará en la teoría de la culpa, para poder exigir no sólo el daño patrimonial, sino también el moral.

6.—*Indemnización por daños causados a las cosas.*—Respecto al daño patrimonial, conviene hacer notar que el Código civil vigente ha equiparado la indemnización por hecho ilícito con la procedente de hecho lícito que implique el uso de cosas peligrosas, cuando los daños se causan a las personas pues acepta para ambos supuestos las cuotas que fija la Ley Federal del Trabajo para los riesgos profesionales que sólo conceden una *reparación parcial.* En cambio, cuando los daños se causan a las cosas, se aplica la primera parte del artículo 1915 para imponer una *reparación total* cuando ello sea posible o en el pago de daños y perjuicios. Tanto en la responsabilidad por culpa, como en la objetiva, la indemnización es igual tratándose de daños causados a las cosas. Se debe reparar íntegramente el daño causado: primero en especie, si es posible, es decir, volver las cosas a las mismas condiciones en que se encontraban antes del daño. Si no fuese posible esta reparación en especie, entonces se exigirá en dinero, pero en uno y en otro caso, se tiene derecho al pago total. *La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, cuando sea posible, o bien en el pago de daños y perjuicios.*

7.—*Indemnización por daños causados a las personas.*—En la segunda parte el artículo 1915, se comprende la reparación del daño patrimonial causado a las personas, tanto cuando haya hecho ilícito, como en el caso de responsabilidad objetiva y es aquí donde se toman como base las cuotas de la Ley Federal del Trabajo, se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región. Notemos que dice el precepto que se aplican las cuotas de la Ley Federal del Trabajo, no la regulación de la misma, porque mal interpretado el artículo, da lugar a que se quiera invocar para definir quiénes son los que tienen derecho a exigir la indemnización del daño en el caso de muerte de la víctima y en esa ley se da preferencia a los parientes que puedan justificar su entroncamiento, pero siempre y cuando hayan dependido económicamente de aquélla. Esto permitió a la Suprema Corte tomar como base la dependencia económica, apoyándose en la Ley del Trabajo, en nuestro concepto de manera indebida, porque la fracción I del artículo 1915, sólo aplica las cuotas, no el criterio del repetido ordenamiento, pues éste por su naturaleza misma, se funda en un criterio de dependencia económica para que aquellas personas que dependan del trabajador que ha muerto por un riesgo profesional, reciban la indemnización; en cambio, en el derecho civil, deben serlo los herederos, según las normas del derecho hereditario.

8.—*Crítica al artículo 1915 del Código Civil.*—Ya en otra parte indicamos que el artículo 1915 es una consagración palmaria de una injusticia, por cuanto que se equiparan tres situaciones totalmente distintas que merecen, por consiguiente, tratamientos diferentes: Primera: la responsabilidad por hecho ilícito, en donde no sólo debe haber reparación del daño patrimonial y moral, sino que debe existir una indemnización total. En esto justamente radica la sanción, para que el que procede ilícitamente, cubra totalmente los daños causados, no sólo a las cosas, sino a las personas. Segunda: la indemnización por hecho lícito que implica el uso de cosas peligrosas. Aquí ya no podemos considerar con un criterio sano de justicia que la reparación debe ser total. Partimos de la licitud del hecho y admitimos el principio lógico de que aquel que causa un daño, debe repararlo. Por consiguiente, a pesar de la licitud del hecho, debe reparar el daño causado, pero considerando que no hubo culpa o dolo, la reparación debe ser parcial. Tercera: la indemnización por riesgo profesional. El artículo 1915 acepta una reparación parcial para las dos primeras situaciones mencionadas. Ahora bien, no acierta ninguna de las dos hipótesis. Ni para el hecho ilícito, porque la indemnización debe ser total, ni para el caso de responsabilidad objetiva, porque toma el criterio de la Ley del Trabajo, para una hipótesis totalmente distinta, en la que la indemnización se funda en que el obrero está asociado a la empresa, y si sufre un daño por un riesgo profesional debe, en unión con el patrón, sufrir las consecuencias de ese daño y, por consiguiente, es justo dividir entre ambos el menoscabo sufrido. De aquí que la Ley del Trabajo contenga bases que son notoriamente insuficientes para poder reparar un daño causado a persona que no mantiene ninguna relación jurídica con el causante del mismo. No hay que olvidar que se trata de terceros que no perciben ninguna utilidad directa en el uso de las cosas peligrosas, como no sea la general que deriva de un servicio público, pero siempre y cuando cumpla su finalidad social. Por lo tanto, si es cierto que debe haber una reparación parcial debe ser mayor que la que admite la Ley del Trabajo. Es necesario distinguir también, según que las cosas peligrosas cumplan un servicio público o sean simplemente para beneficio personal del usuario. En la primera hipótesis, la reparación debe ser menor que en la segunda, porque los daños deben reportarse entre el público en general, que está beneficiándose y el empresario. En cambio, en el segundo caso, la reparación parcial debe ser mayor, porque exclusivamente el uso de la cosa beneficia al dueño de la misma. Representaremos matemáticamente estos distintos tipos de indemnización, hablando

de un 100% en la indemnización por hecho ilícito; de un 75% en la reparación por el uso de cosas peligrosas que no supongan hecho ilícito y que sean para uso exclusivo de su propietario; en un 50% para el caso de que las cosas peligrosas rindan un beneficio social y en un 25% que sería la hipótesis de la Ley Federal del Trabajo, para los riesgos profesionales. Si por ejemplo, tomamos como equivalentes del 25% las cuotas de la Ley del Trabajo, las otras indemnizaciones serían por el doble, el triple o el cuádruplo, respectivamente.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA LA FECHA

9.—"*Responsabilidad civil. Monto de la indemnización cuando la víctima no percibe salario.*—De conformidad con el artículo 1915, fracción III, reformado, del Código Civil del Distrito Federal y con el 2110 del mismo Código, cuando la víctima no percibe utilidad o salario o no puede determinarse éste, el pago de la indemnización correspondiente, por causa de responsabilidad civil, se fijará tomando como base el salario mínimo". (Tesis 311 de la última compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1965, cuarta parte, pág. 948).

10.—"*Responsabilidad civil objetiva de las personas morales.*—El artículo 1913 del Código Civil del Distrito Federal, al imponer la responsabilidad del daño a la persona que hace uso de los mecanismos peligrosos que enumera, indudablemente no se refiere tan sólo a la persona física que los maneja, sino que comprende también a la persona moral que los pone al servicio público". (Tesis 312 de la compilación de 1965 ya citada, cuarta parte, pág. 950).

11.—"*Responsabilidad objetiva. Es independiente de la culpabilidad del agente.*—Para que proceda la indemnización. Para que proceda la indemnización a causa del daño producido por el uso de instrumentos peligrosos, no se requiere la existencia de un delito y ni siquiera la ejecución de un acto civilmente ilícito, pues lo único que debe probarse es que el daño existe, así como la relación de causa a efecto. Los elementos de la responsabilidad objetiva son: 1º—Que se use un mecanismo peligroso. 2º—Que se cause un daño. 3º—Que haya una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño, y 4º—Que no exista culpa inexcusable de la víctima". (Tesis 317 de la compilación de 1965 ya citada, cuarta parte, pág. 968).

12.—"*Responsabilidad objetiva.*—No implica la reparación moral. La responsable no tiene razón al juzgar que para los efectos del artículo 1916 del Código Civil, es ilícito todo acto que causa daño, pues si así fuera quedaría sin objeto el artículo 1913 del propio Código en cuanto dice que quien hace uso de objetos peligrosos está obligado a responder del daño que cause "aunque no obre ilícitamente". Ahora bien, este artículo 1913 sólo regula situaciones en que el daño no resulte de un ilícito, pues cuando la acción causal de la damnificación sí es ilícita, cobra aplicación el artículo 1910 del propio ordenamiento". (Tesis 318 de la compilación de 1965 ya citada, cuarta parte, pág. 972).

13.—"*Responsabildad objetiva. Transportes.*—Los camiones del servicio de transportes de pasajeros son indudablemente instrumentos peligrosos, por la velocidad que desarrollan; y por tanto, el daño que lleguen a causar y la consiguiente responsabilidad no pueden tener por base el contrato de transporte, sino lo dispuesto por el artículo 127 de la Ley de Vías Generales de Comunicación y los artículos 1913, 1915 y siguientes del Código Civil". (Tesis 319 de la compilación de 1965 ya citada, cuarta parte, pág. 976).

14.—"*Responsabilidad objetiva y contractual concurrentes. Transportes.*—La responsabilidad extracontractual, por el uso de instrumentos peligrosos, es independiente de que haya o no contrato. Una empresa de transportes es responsable del daño que cause con los vehículos con que presta el servicio, tanto respecto de los pasajeros como de los simples transeúntes. Sería contrario a la equidad que dicha responsabilidad estuviera sujeta a normas distintas, sólo por el hecho de que en un caso haya contrato y otro no. En la responsabilidad contractual se atiende a la culpa y al incumplimiento del contrato por parte del porteador, mientras que en la responsabilidad objetiva, basta el uso de instrumentos peligrosos para que deba repararse el daño causado y el obligado sólo puede librarse del pago de la indemnización, si demuestra que el daño se produjo por negligencia inexcusable de la víctima. Hay casos en que concurren los dos tipos de responsabilidades, la derivada del simple incumplimiento del contrato y la proveniente del uso de instrumentos peligrosos; entonces pueden ejercitarse a la vez dos acciones. Pero si se demanda a una empresas de transportes por el daño causado a uno de sus pasajeros en un accidente, no puede considerarse que existan dos acciones y que puede el interesado optar entre cualquiera de ellas, puesto que la base de la obligación del porteador no es el contrato, sino la ley, y por eso sólo existe la acción extracontractual". (Tesis 320 de la compilación de 1965 ya citada, cuarta parte, pág. 977).

15.—*Responsabilidad Civil, cuando puede intentarse un juicio de. Legislación del Estado de Baja California Sur.*—La correcta interpretación de los artículos 729 y 733 del Código de Procedimientos Civiles vigente en esa entidad federativa, permite establecer que el juicio de responsabilidad civil sólo puede intentarse cuando el pleito o la causa en que se suponga causado el agravio, haya concluido por sentencia o auto firme.

Amparo en revisión 391/79.—Jorge García Unzón.—29 de febrero de 1980.—Unanimidad de votos.—Ponente: Rubén Domínguez Viloria.

Informe 1980. Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. Núm. 11. Pág. 315.

16.—*Responsabilidad objetiva o riesgo creado. Ilicitud de la conducta del agente.*—Aun cuando el actor basa su acción, principalmente, en la conducta ilícita del conductor del vehículo, ello no es obstáculo para que, en contra del propietario del mismo, se reclame la indemnización derivada de la responsabilidad objetiva o riesgo creado, pues resulta irrelevante que el conductor del vehículo haya obrado o no ilícitamente, ya que la responsabilidad del objeto peligroso existe independientemente de la noción de culpa o de la posible existencia de un delito; por lo que basta para establecerla considerar que el daño se produjo utilizándose el vehículo de su propiedad.

Amparo directo 1411/79.—Gustavo Carrillo Robles, Suc. de.—31 de julio de 1980.—5 votos.—Ponente: Raúl Lozano Ramírez.—Secretaria: Clara Eugenia González Avila Urbano.

Precedente:

Quinta Epoca:

Tomo CXXVII, Pág. 280.—Amparo directo 5316/54.—Esther López Vda. de Castillo.—5 votos.

Informe 1980. Tercera Sala. Núm. 76. Pág. 80.

17.—*Responsabilidad civil objetiva. Quiénes están legitimados para reclamarla.*—Para exigir la responsabilidad objetiva, no es necesario demostrar el entroncamiento con la víctima que fallece, porque el derecho a la indemnización no corresponde al occiso y por tanto, ni a sus causahabientes o herederos universales, sino que corresponde a su familia, como ordena el artículo 1916, del Código Civil, o sea el conjunto de ascendientes, descendientes, esposa, concubina o quienes hacían vida en común con el finado y a quienes económicamente sostenía.

Amparo directo 168/54.—Quinta Epoca. Suplemento de 1956. Pág. 435.—Servicio de Transportes Eléctricos del Distrito Federal. 5 votos.

Amparo directo 604/54.—Quinta Epoca. Suplemento de 1956. Pág. 432.—Servicio de Transportes Eléctricos del Distrito Federal. 5 votos.

Amparo Directo 1554/57.—Sexta Epoca, Cuarta Parte. Volumen XIII, Pág. 343. Alimentos Nacionales, S. A. 5 votos.

Amparo directo 910/59.—Sexta Epoca, Cuarta Parte. Volúmen XXXI, Pág. 99. Lorenza Flores. 5 votos.

Amparo directo 6602/65.—Sexta Epoca, Cuarta Parte. Volumen CXXIX, Pág. 74. María Jara Juárez. Mayoría de 4 votos.

18.—*Competencia en un Juicio de Responsabilidad Objetiva. Corresponde al Juez del domicilio del demandado.*—Código de procedimientos civiles de Jalisco y Sinaloa. Si se promueve un juicio sobre responsabilidad objetiva, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 del Código de Procedimientos Civiles de Jalisco y 25 del Código de Procedimientos Civiles de Sinaloa, que la acción ejercitada es de carácter personal pues lo demandado es el cumplimiento de una obligación de dar y, por lo mismo, en los términos de los artículos 153 fracción IV del Código de Procedimientos Civiles de Jalisco, el Juez competente es el del domicilio del demandado.

Competencia civil 192/86.—Entre el Juez Primero de primera instancia del ramo civil de Mazatlán, Sinaloa y el Juez cuarto de lo civil del Distrito judicial de Guadalajara, Jalisco. 25 de junio de 1987. Unanimidad de 4 votos.

19.—*Responsabilidad subjetiva. Se surte independientemente de la naturaleza del ordenamiento de cuya violación se desprenda (legislación del Estado de Michoacán).*—De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1768 el Código Civil del Estado de Michoacán, el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres, cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima; por lo que, para que exista esta responsabilidad, tan sólo se requiere que se obre ilícitamente, es decir, que se realice lo prohibido por una disposición legal o se deje de hacer lo que ésta ordena, causando un daño, independientemente de la naturaleza del ordenamiento de que se trate. Por tanto, siendo de explorado derecho que todo delito es ilícito, pero no todo ilícito es delito, resulta incuestionable que esta responsabilidad no es privativa solamente de los procesos penales. Por otro lado, tampoco

es acertado que la responsabilidad de que se viene hablando nace como consecuencia de la violación de los contratos y convenios celebrados por las partes, pues en forma alguna el numeral legal del multicitado ordenamiento sustantivo exige la existencia de un pacto contractual para que con motivo de su incumplimiento, pueda darse la responsabilidad subjetiva, ya que es suficiente para generarla, como se ha dejado asentado, que se obre ilícitamente o contra las buenas costumbres, causando un daño a otro.

Amparo directo 239/76.—Manuel Quiroz Macías y otra.—8 de marzo de 1978.—5 votos.—Ponente: Salvador Mondragón Guerra.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 109-114. Cuarta Parte. Enero-junio 1978. Tercera Sala. Pág. 145.

CAPITULO IV

De los Hechos en Sentido Estricto (delitos y cuasidelitos)

1.—*Derecho romano.*—Según la clasificación tradicional de las fuentes de las obligaciones, se distinguían los contratos, los delitos, los cuasicontratos y los cuasidelitos. En el derecho romano se reconoció al delito como fuente de obligaciones; independientemente de la pena o sanción pública, generalmente el delito implicaba el daño hacia un patrimonio y, por lo tanto, la reparación del mismo originaba una obligación.

Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, v. II, Madrid, 1931, págs. 644 y 645.

En el derecho romano, cuando el daño era de carácter patrimonial, daba nacimiento a una especie de multa, que permitía reparar el daño, pues la ley imponía al responsable una pena pecuniaria que era superior al perjuicio causado. Por consiguiente, el delito fue en el derecho romano una fuente indirecta de obligaciones, siempre y cuando el daño causado lesionara intereses patrimoniales; cuando el delito lesionaba intereses que no pudieran referirse directamente a una estimación pecuniaria, sólo implicaba un acto ilícito que originaba la pena o sanción pública, siendo del exclusivo resorte del derecho penal.

2.—*Derecho francés.*—Este término de cuasidelito fue aceptado por el derecho francés, así como reconoció a los cuasicontratos. En la doctrina, el cuasidelito es un hecho que causa un daño patrimonial, que se realiza sin la intención de perjudicar, pero que supone una falta de previsión o de cuidado. Esto ha dado lugar a que se distinga entre el dolo y la culpa. El delito es un hecho doloso; el cuasidelito es un hecho culposo. El delito supone la intención de dañar; el cuasidelito implica una simple falta en la que no hay intención de dañar, pero tiene consecuencias perjudiciales para un patrimonio, por falta de previsión o de cuidado.

Planiol, ob. cit. Obligaciones, traduc., de José M. Cajica, Jr., pág. 503.

"Hoy la terminología se encuentra definitivamente fijada. Todos están acordes en designar por delito la culpa intencional, y por cuasidelito la culpa no intencional.

Pero no basta comprobar sumariamente que la culpa delictuosa es la culpa intencional, y la culpa cuasidelictuosa, la culpa por imprudencia o por negligencia. Falta precisar lo que entendemos por tales culpas". (Mazeaud Henri y León, Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, t. I, págs. 193 y 194).

Este criterio ha sido el tradicional en el derecho francés para diferenciar el delito del cuasidelito; desde el punto de vista penal, también sirvió posteriormente para distinguir el delito intencional y el delito de culpa.

En el derecho francés se consideró que la materia de delitos y cuasidelitos como fuentes de obligaciones, era del resorte del derecho civil; que tiene relaciones con el penal, pero que a este derecho le importa únicamente la sanción pública y que al derecho civil toca regular la reparación del daño, es decir, reglamentar la obligación nacida de un delito o de un cuasidelito.

3.—*Derecho mexicano vigente.*—Para nosotros, en la actualidad, sólo tiene importancia el antecedente histórico romano y francés, a fin de formular la siguiente clasificación: en el derecho mexicano vigente hay delitos penales y civiles, hay también cuasidelitos penales (llamados antiguamente delitos de culpa; en la actualidad de imprudencia), y, además, cuasidelitos civiles. La clasificación para estas distintas clases de hechos ilícitos quedó así:

1º—Delito penal. Es un hecho doloso que causa daño, sancionado por el Código Penal; y que tiene además de una pena, una sanción pecuniaria. Esta definición del delito es para el efecto civil de la responsabilidad, y no para caracterizar la naturaleza penal del mismo.

2º.—Delito civil. Es un hecho doloso que causa daño y que no está sancionado por el Código Penal; que por lo tanto sólo tiene como consecuencia la reparación del daño, pero no una pena o sanción pública.

3º.—Cuasidelito penal, o sea hecho culposo que causa daño y que está sancionado por una norma del Código Penal; que en consecuencia tiene una pena y una sanción pecuniaria consistente en la reparación del daño.

4º.—Cuasidelito civil, es decir, un hecho culposo que causa un daño, que no tiene sanción penal y que sólo engendra responsabilidad civil.

5º.—Hechos ilícitos que no son ni delitos penales ni civiles, porque no tienen sanción pública y porque no originan daño de carácter patrimonial o moral; por consiguiente, no son fuente de obligaciones desde el punto de vista civil.

En 1929 en que entró en vigor el Código Penal de ese año, se declaró que la reparación del daño formaba parte de la sanción pública, que competía al Ministerio Público exigirla cuando era consecuencia de un delito intencional o de imprudencia.

Por lo tanto, este Código adoptó una base completamente distinta; es necesario entonces distinguir ya delitos penales y civiles. El delito penal engendra, además de la pena, la reparación del daño como sanción pública que compete demandar exclusivamente al Ministerio Público; el delito civil a partir de 1929, origina sólo una reparación del daño como sanción privada, del resorte del Código Civil, que ya no puede ser materia de una reglamentación contenida en la legislación penal, como ocurrió en la legislación anterior.

El Código Penal de 1931 conserva la misma base: la reparación del daño forma parte de la sanción pública. El Código Civil de 1928 no hizo ninguna innovación a este respecto, porque sólo reglamentó los hechos ilícitos civiles; por consiguiente, queda en la actualidad perfectamente separada la reparación del daño como sanción pública, consecuencia de un delito y la que existe como sanción privada, por virtud de un hecho ilícito civil.

4.—*Competencia del tribunal.*—Tiene interés formular no sólo desde el punto de vista teórico, sino práctico, esta clasificación, porque constantemente se pretende reclamar en un juicio sumario, que es el juicio para exigir la responsabilidad civil extracontractual, la reparación de daños causados por verdaderos hechos delictuosos, y en esta materia no puede el particular substituirse al Ministerio Público para exigir una reparación que es parte de la sanción pública, y que sólo dicho funcionario puede reclamar.

Hay una gran confusión a este respecto: en ocasiones se comete un delito y se pretende exigir la reparación del daño, no en el incidente respectivo en el juicio penal, constituyéndose el interesado como tercero coadyuvante del Ministerio Público y excitando a éste para que demande,

sino que se exige directamente, equivocando el procedimiento, pues la reparación del daño en ese caso, supone un hecho delictuoso, que no puede quedar reglamentado por el Código Civil, ni es competente un juez civil, ni puede demandarse por un particular. Cuando el hecho constituye un delito desde el punto de vista civil, que origina la reparación del daño, es del resorte exclusivo del derecho civil reglamentar esta materia; el particular lesionado sí tiene acción en juicio sumario para demandar el pago de daños y perjuicios.

En cambio, si el hecho es ilícito y causa un daño, pero tiene una sanción en el Código Penal, no puede el particular lesionado demandar en juicio sumario la responsabilidad civil; tiene que ocurrir necesariamente al proceso penal para que el Ministerio Público inicie el incidente denominado de reparación del daño. Sólo se admite una excepción cuando termina el proceso penal si no se ha exigido la reparación del daño, o bien, cuando se determina que no fue delito el que en un principio se consideró como tal por el Ministerio Público, y hecha la investigación correspondiente se resuelve que es un hecho que no está clasificado como delito por el Código de la materia. Entonces, el lesionado ya tiene en la sentencia que dicta el juez penal, la posibilidad de clasificar el hecho como delito civil, que es fuente de obligaciones.

5.—*Doctrina de la culpa o teoría subjetiva de la responsabilidad.*— Esta teoría se ocupa de estudiar los hechos ilícitos como fuentes de las obligaciones. Se funda en un elemento de carácter psicológico: la intención de dañar como base principal del delito, es decir, obrar con dolo o bien proceder sin intención de dañar, pero con culpa porque no se hayan tomado las precauciones necesarias, porque se incurra en descuido, negligencia o falta de previsión, lo que constituye la base de la responsabilidad en los llamados cuasidelitos, tanto desde el punto de vista penal como civil. Por esto se ha denominado a la teoría subjetiva de la responsabilidad doctrina de la culpa, entendiendo la noción de culpa en su sentido más general, tanto cuando hay dolo, es decir, intención de dañar, como cuando existe un acto ejecutado con negligencia.

"Todo hecho que produce la violación de un deber, ya tenga su razón de ser en la voluntad, ya en la ley, es un hecho ilícito, y el agente debe responder por vía de relación especial cuanto al elemento objetivo, que es el acto injustamente cometido (non jure), va unido el subjetivo, esto es, el estado particular

de su ánimo con relación a una determinada injuria. El acto entonces es, no solamente injusto, sino culposo, y de él se deriva, para el ofendido, un remedio a fin de obtener el resarcimiento del perjuicio sufrido, y que ejercitará contra aquel que de él deba responder; por donde lo ilícito contiene el concepto de la responsabilidad". (Chironi, La Culpa en el Derecho Civil Moderno, Madrid, 1898, traduc. de A. Posada, págs. 11 a 15).

Observa Ihering que esta teoría de la culpa se ha caracterizado en el derecho por ir suprimiendo cada vez más la noción misma de la culpa. En el derecho romano primitivo se parte de una idea indiscutible de culpa, bien sea porque se proceda con dolo o con imprudencia, y principalmente se atiende a la responsabilidad por hecho propio. En el derecho moderno en cambio, se hace responsables a los padres por los actos de sus hijos menores de edad, a los tutores por los actos de sus pupilos o de los enajenados sujetos a interdicción; a los patrones por los actos de sus trabajadores o domésticos en el desempeño de su trabajo; a las compañías o personas morales, por los actos de sus representantes, y asimismo, se acepta la responsabilidad derivada de daños causados por los animales o cosas que nos pertenezcan; pero no desaparece la noción de culpa que sigue presumiéndose para fijar esta responsabilidad por hecho ajeno o por el estado de las cosas.

Cuando se atribuye responsabilidad a los padres, tutores, patrones, etc., se presume una culpa por falta de vigilancia del menor o del incapaz, o por una elección torpe respecto del trabajador o sirviente, o del representante legal de una sociedad. Cuando se atribuye responsabilidad por los daños causados por los animales o las cosas que nos pertenecen, también el derecho presume una culpa: no haber cuidado o vigilado debidamente al animal, o no haber tomado las precauciones necesarias para que la cosa no produjera daño, bien fuera por su estado ruinoso o por falta de reparaciones.

Funciona, por consiguiente, la noción de culpa, por una presunción juris tantum, que admite prueba en contrario; si se demuestra que no hubo esa falta de vigilancia o de elección que se llama culpa in vigilando o culpa in eligendo (la primera para los padres o tutores; la segunda para la responsabilidad de los trabajadores en general) cesa la obligación de reparar los daños por el padre, tutor, patrón, etc., y la responsabilidad se atribuye directamente al causante de los mismos.

En el derecho moderno se toma en cuenta esta elaboración romana

de la culpa (que de acuerdo con la ley Aquilia hizo responsables a los autores de un daño, no sólo de la culpa lata y leve, sino aun de la levísima), para dar un paso más —como advierte Ihering— en la eliminación de la idea de culpa. En efecto, en el derecho moderno, además de la presunción juris tantum establecida en los casos anteriores, existe una presunción juris et de jure, es decir, absoluta que no admite prueba en contrario, para la responsabilidad de ciertas personas. Esta responsabilidad se admite sobre todo, en los hoteles y casas de huéspedes, en que se hace responsable al hotelero o dueño de la casa por los daños causados por sus sirvientes o empleados, aun cuando se demuestre que en realidad no hubo falta de vigilancia o de elección. En los demás casos, el Código Civil permite rendir prueba en contrario para desvirtuar la presunción de culpa. En éste, así como en la responsabilidad que se atribuye a los jefes de casa por los daños causados por sus sirvientes o por la caída de objetos que perjudiquen a terceros, no se permite rendir prueba para destruir esta presunción de culpa in vigilando o in eligendo, y la responsabilidad funciona de pleno derecho como si fuese objetiva, porque aunque se presume una culpa, no se permite demostrar que la misma no existió; en rigor, los hoteleros o los jefes de casa responden aun cuando no incurran en ninguna negligencia, falta de vigilancia o de cuidado, por los daños causados por sus sirvientes.

Una última evolución que advierte Ihering, es la que ya nos presenta la teoría objetiva de la responsabilidad. Gracias a esta transformación que primero parte de una presunción juris tantum de culpa y después de una presunción absoluta, se llega a estimar que es más equitativo cuando se causa un daño, obligar al que lo causa a repararlo, aunque no obre ilícitamente, porque se considera que si un patrimonio debe sufrir una disminución por el acto de otra persona, en definitiva es más justo que el daño se cause en el patrimonio del autor del hecho y no en el de la víctima, que está imposibilitada para evitar las consecuencias perjudiciales, y que generalmente no obtiene lucro alguno, y en cambio, sí lo obtiene el que causa el daño, al desarrollar su actividad. Con esta idea, se permite en el derecho moderno, en ciertos casos, que cuando el daño se cause por el uso de cosas peligrosas en sí mismas, por la velocidad que desarrollen, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan, por su naturaleza explosiva o inflamable o por otras causas análogas, se responda aun cuando no se obre ilícitamente; es decir, ya de plano se suprime la noción de culpa y la responsabilidad descansa en una idea completamente distinta; basta con acreditar el daño, el uso de

una cosa peligrosa, y el nexo causal entre el hecho y el daño, para que funcione la responsabilidad, aun cuando no exista culpa.

En el Código Civil vigente comprobamos esta evolución en los artículos 1910 y 1913.* En el primero, se consagra la teoría subjetiva de la responsabilidad, que sigue fundándose en la noción de culpa y, en el segundo, la teoría objetiva o del riesgo creado.

"El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima". (Art. 1910).

Supone el artículo que se obre ilícitamente o contra las buenas costumbres, es decir, que haya dolo o culpa; no es menester que exista un delito o un cuasidelito desde el punto de vista penal; basta con que el acto sea contrario a las buenas costumbres, es decir, un acto inmoral o ilícito que viole una norma prohibitiva o imperativa, que no esté catalogado como delito, para que si se causa un daño exista la obligación de repararlo. Ya indicamos que si el hecho ilícito es un delito intencional o de imprudencia, la reparación del daño forma parte de la sanción pública y debe ser exigido por el Ministerio Público; que cuando el hecho ilícito no esté reputado como delito, la responsabilidad civil debe exigirse en juicio sumario, fundándose en el artículo 430 del Código Procesal, que dispone que procede el juicio sumario para exigir la responsabilidad civil por causa extracontractual. Es decir, todas las responsabilidades que provengan de fuentes diversas del contrato, se exigen en la vía sumaria.

6.—*Responsabilidad por hecho ajeno.*—En el artículo 1919 se regula la responsabilidad de los que ejercen la patria potestad, y en el 1920 se indica: *"Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios,* de talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la *responsabilidad de que se trata".* Es decir, se libera a los que ejercen la patria potestad, porque la presunción juris tantum de culpa cede ante un hecho evidente; el menor no estaba bajo su vigilancia en el momento en que se causó el daño

* El artículo 430 del Código de Procedimientos Civiles fue derogado.

"Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, es aplicable a los tutores, respecto de los incapacitados que tienen bajo su cuidado". (Art. 1921) *"Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparecen que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados".* (Art. 1922).

En el artículo 1923 se estatuye la presunción juris tantum de responsabilidad para los maestros artesanos, por los perjuicios causados por sus operarios. En el 1924 para los patrones y dueños de establecimientos mercantiles.

La presunción absoluta de culpa que implica un paso más en esa evolución, constituyendo un grado intermedio entre la teoría subjetiva y la objetiva, se reconoce en el artículo 1925: *"Los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus sirvientes en el ejercicio de su encargo".*

No encontramos ningún precepto que permita a los jefes de casa, dueños de hoteles o casas de huéspedes, eludir responsabilidad demostrando que no tuvieron culpa en la elección o vigilancia del sirviente. Por consiguiente, la presunción es absoluta y prácticamente estamos ya en la teoría objetiva de la responsabilidad, aunque teóricamente se invoque en el derecho una presunción de culpa por considerar que el jefe de casa o el dueño del hotel hizo una elección torpe del empleado causante del daño.

Art. 1927.—El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad *será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos,* en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.

En el artículo 1927 se reconoce la *responsabilidad solidaria y subsidiaria del Estado por los actos de sus funcionarios y empleados,* es decir, *éste sólo es responsable ante la insolvencia del funcionario o empleado, siempre y cuando hayan incurrido en culpa;* la base de esa responsabilidad es una culpa in eligendo del Estado, por haber hecho una designación torpe respecto del funcionario o empleado.

7.—Responsabilidad por daños causados por animales o cosas.—En el artículo 1929 se estatuye las responsabilidad proveniente de daños causados por los animales que nos pertenezcan, haciendo una aplicación

lógica de la teoría de la culpa, porque cesa aquélla, si se demuestra que el daño se produjo por caso fortuito, fuerza mayor o por un hecho imputable a tercero, o porque la víctima provocó al animal, es decir, por culpa inexcusable de la misma.

Desde el derecho romano se reconoció que había cuasidelito desde el punto de vista civil en la falta de vigilancia de los animales que causaran daño a tercero; pero esta presunción de culpa por falta de vigilancia cede ante la demostración de los hechos que enumera el artículo 1929, es decir, hecho imputable a la víctima, a un tercero, a caso fortuito o fuerza mayor.

En el 1931 se reglamenta el caso principal de responsabilidad proveniente del estado de las cosas. En la doctrina, sobre todo en la francesa, se dice responsabilidad proveniente del hecho de las cosas; en nuestro concepto no es una expresión correcta, porque éstas no actúan, sino que provienen del estado en que se encuentran: ruinoso para los edificios, peligroso para ciertas substancias inflamables o explosivas, lo que supone una presunción de culpa, por falta de vigilancia en el dueño del edificio, o de la construcción en general. Dice así el precepto: "El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, *si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción*". Aquí tenemos la aplicación exacta de la doctrina de la culpa: el daño debe provenir de falta de reparaciones o de vicios de construcción; es decir, culpa por falta de vigilancia, si no se hacen las reparaciones: culpa in eligendo por vicios de construcción, por haber escogido a un arquitecto o ingeniero torpe, que desde un principio construyó defectuosamente.

Esta regla del artículo 1931 se aplica en general a los daños causados por las cosas muebles o inmuebles, que supongan una falta de vigilancia, por no ejecutarse las reparaciones necesarias o porque la cosa tenga algún vicio.

Por último, en el artículo 1932 se hace una aplicación de la teoría objetiva de la responsabilidad, para comprender también casos de la teoría subjetiva. En este precepto tenemos seis fracciones; las dos primeras son una explicación de la teoría objetiva de la responsabilidad, es decir, existe obligación de reparar el daño cuando se usa una cosa peligrosa aun cuando no se obre ilícitamente. Dice este artículo, que: *"Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:* I.—Por la explosión de máquinas, o por la inflamación de substancias explosivas; II.—Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades; III.—Por la caída de sus árboles, cuando no sea ocasionada por

fuerza mayor; (esta fracción podría implicar una discusión: cuando la caída de árboles no es ocasionada por fuerza mayor, generalmente implica una falta de vigencia, y entonces la responsabilidad proviene de culpa, pero puede incluso exigirse la indemnización por el daño ocasionado por la caída de árboles, cuando no sea por caso fortuito o de fuerza mayor y a pesar de que el dueño los haya vigilado convenientemente); IV.—Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes; V.—Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste. (Esta fracción supone si no una cosa peligrosa por sí misma, sí por sus consecuencias; pero también puede haber culpa, falta de previsión o de cuidado en este caso; VI.—Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud (cosas peligrosas), o por cualquiera causa que sin derecho origina algún daño. (Comprende en su primera parte la responsabilidad objetiva, y en la final, la subjetiva).

En el artículo 1933 se regula la responsabilidad de los jefes de familia que habiten una casa o parte de ella, por las cosas que arrojaren o cayeren de la misma, causando un daño. En este caso existe una presunción absoluta de culpa, como la impuesta por el artículo 1925 para los jefes de casa por los daños causados por sus sirvientes en el desempeño de su trabajo.

CAPITULO V

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.—*Enumeración.*—En el derecho mexicano son elementos de la responsabilidad civil los siguientes: a).—La comisión de un daño; b).—La culpa, y, c).—La relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

En el derecho francés se agrega un elemento más a los anteriores, consistente en la imputabilidad.

Lógicamente, toda responsabilidad civil supone en primer término que se cause un daño; en segundo lugar, que alguien haya causado ese daño procediendo con dolo o con simple culpa y, finalmente, que medie una relación de causalidad entre el hecho determinante del daño y este último.

Si no existiere un daño en la más amplia acepción de la palabra, comprendiendo también el perjuicio, o sea la privación de una ganancia lícita, es evidente que para el derecho civil no puede existir responsabilidad, es decir, obligación, aun cuando hubiere dolo en el agente y exis-

tiere la relación de causa a efecto de que se ha hablado, que en este caso propiamente no podría referirse al hecho y al daño, toda vez que éste por hipótesis no se causaría, sino tal relación sólo podría mediar entre el hecho y la culpa.

También es esencial el segundo elemento de la responsabilidad civil, consistente en la culpa, pues como veremos después al hacer el estudio del mismo, se ha estimado uniformemente en la doctrina y en el derecho positivo, que la reparación del daño sólo se presenta como una sanción que se aplica a aquél que procedió con dolo o con culpa.

Por último, la relación de causalidad entre el hecho y el daño, es esencial, pues lógicamente no puede hacerse responsable a alguien de las consecuencias perjudiciales que no puedan imputarse directa o indirectamente a su actividad.

En el estudio que sigue, desarrollaremos los distintos elementos de la responsabilidad civil a que nos hemos referido.

2.—*El daño como elemento esencial de la responsabilidad civil.*— La existencia de un daño es una condición sine qua non de la responsabilidad civil, pues es evidente que para que exista la obligación de reparar, es necesario que se cause un daño. Además de este elemento, deberá existir la culpa y la relación causal entre el hecho y el daño. Se ha planteado el problema importante de determinar si sólo el daño patrimonial es susceptible de reparación, o también el derecho debe imponerla cuando se cause un daño moral. En la responsabilidad penal, bastará este último y aún más: que el pensamiento se haya exteriorizado a través de actos, aun cuando sólo impliquen la preparación de un delito o la tentativa para ejecutarlo. El artículo 12 del Código Penal vigente en el Distrito Federal dispone:

"Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos."

Por la misma razón el artículo 13 hace responsables: 1o. A los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de un delito; 2o.

A los que inducen o compelen a otro a cometerlo; 3o. A los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución, y 4o. A los que en los casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que éstos hubieren cometido el delito.

3.—*El daño debe ser de carácter privado.*—En tanto que la responsabilidad penal se funda en un daño causado a la sociedad, la responsabilidad civil sólo implica un daño causado exclusivamente a la víctima. Sin embargo, en ambos casos el derecho se distingue de la moral, en este aspecto concreto, en que el hecho ilícito que causa daño debe perturbar el orden social y no simplemente implicar un acto que en sí mismo sea inmoral, pero que a nadie perjudique.

"El derecho no considera a la culpa en sí misma y abstracción hecha de sus resultados, como lo hace la moral; el legislador toma únicamente en consideración el orden social, y sólo debe intervenir cuando éste es perturbado. De esto resulta que la culpa sólo existe jurídicamente por sus resultados, es decir, por el daño que haya podido causar. El derecho no tiene por qué tomar en consideración una culpa que no haya producido ningún daño. Sin embargo, en la definición de la culpa no debe comprenderse la idea del daño, pues éste es una consecuencia posible de ella, pero en ninguna forma necesaria: un acto constituye una culpa no por ser perjudicial, sino por ser contrario al derecho. El daño constituye, únicamente, la condición para que la culpa sea reprimida por el derecho". (Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Las Obligaciones, traduc. de José M. Cajica Jr. Puebla, 1945, pág. 534).

4.—*Daño patrimonial y daño moral.*—Hemos dicho que el daño puede ser patrimonial o moral. El primero implica todo menoscabo sufrido en el patrimonio por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquiera ganancia que legítimamente la víctima debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho. Los artículos 2108 y 2109 del Código Civil vigente, dan una definición del daño y del perjuicio desde el punto de vista del incumplimiento de una obligación, pero fácilmente son adaptables a la responsabilidad delictuosa o cuasidelictuosa. Dicen así:

"Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación". "Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."

El daño moral es toda lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales: honor, honra, sentimientos y afecciones. El artículo 1916 del mencionado ordenamiento admite que cuando se cause un daño moral

por hecho ilícito, el juez podrá decretar una indeminización equitativa, a título de reparación moral; pero ésta sólo existirá cuando se haya causado también un daño patrimonial, pues no podrá exceder de la tercera parte de este último. Al efecto, estatuye el artículo:

"Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar, en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928".

El artículo 30 del vigente Código Penal para el Distrito Federal, reconoce con mayor amplitud y equidad la reparación por daño moral. Dice así:

"La reparación del daño comprende:
I.—La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;
II.—La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, además se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima, y
III.—El resarcimiento de los perjuicios ocasionados."

En materia penal cabe reparar un daño moral, aun cuando no exista daño patrimonial, pues el primero no se determina en función del segundo, como injustamente requiere el artículo 1916 del Código Civil. Se deja a la discreción judicial y a la capacidad económica del responsable, la cuantificación tanto del daño patrimonial como del moral. El artículo 31 del mismo Código Penal dice:

"La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso. Para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos por imprudencia, el Ejecutivo de la Unión reglamentará, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que, administrativamente, deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación".

El reglamento del citado artículo 31, se publicó en el Diario Oficial de 29 de agosto de 1934, disponiendo que ningún vehículo podría circular sin póliza de seguro. La vigencia de dicho reglamento ha quedado en suspenso por virtud de un decreto publicado el 27 de octubre de 1934.

5.—*Reparación total del daño patrimonial.*—Ya hemos explicado en el capítulo relativo a la responsabilidad objetiva, que por una refor-

ma desafortunada del artículo 1915 del Código Civil, según decreto de 30 de diciembre de 1939, publicado en el Diario Oficial de 20 de enero de 1940, actualmente sólo procede la reparación total cuando el hecho ilícito cause daños a las cosas, siendo en cambio injustamente restringida cuando los infiera a las personas. El texto primitivo sí admitía en ambos casos la reparación total, pues sólo decía así:

"La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios.".

Por virtud de la reforma se agregó lo siguiente:

"I.—Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte o incapacidad total, parcial o temporal, el monto de la indemnización se fijará aplicando las cuotas que establece la Ley Federal del Trabajo, según las circunstancias de la víctima y tomando por base la utilidad o salario que perciba. II.—Cuando la utilidad o salario exceda de veinticinco pesos diarios, no se tomará en cuenta sino esa suma para fijar la indemnización. III.—Si la víctima no percibe utilidad o salario, o no pudiere determinarse éste, el pago se acordará tomando como base el salario mínimo. IV.—Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intrasferibles, y se cubrirán preferentemente en forma de pensión o pagos sucesivos. V.—Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código".

Posteriormente, por Decreto de 18 de diciembre de 1975, publicado en el Diario Oficial de 22 del mismo mes y año, quedó el artículo que se comenta como sigue:

"La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal de Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código".

Henri y León Mazeaud comentan (en su Compendio del Tratado

Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Editorial Colmex, México, 1945, t. I, págs. 110 y 111) que los redactores del Código Civil francés, al valerse de fórmulas muy amplias protegieron cualquier perjuicio pecuniario originado por hecho ilícito, sin hacer la distinción indebida que contiene el artículo antes transcrito, consistente en otorgar una reparación parcial cuando el daño se causa a las personas y total cuando se infiere a las cosas.

6.—*Reparación del daño moral.*—Se ha discutido en el derecho si debe haber reparación por el daño moral. En términos generales se ha considerado que los valores espirituales de la persona una vez que han sido lesionadas, jamás podrán ser devueltos a su estado primitivo, cualquiera que sea la protección jurídica que se les conceda y la sanción que se imponga por el daño moral causado. Es evidente que si la reparación se entiende en un sentido restringido, tal como la define el artículo 1915 del Código Civil vigente, al estatuir que la reparación del daño deberá consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, es obvio que no podrá lograrse tal resultado cuando se trate de daños morales. Ahora bien, el mismo precepto dispone que cuando sea imposible alcanzar el restablecimiento de la situación anterior al daño, la indemnización consistirá en el pago de daños y perjuicios. Esta última disposición a su vez nos encierra en un círculo vicioso, pues sólo permitiría reparar un daño moral cuando se causen daños y perjuicios, lo que equivale a declarar que tratándose de los daños morales dado que no es posible lograr que las cosas vuelvan a su estado primitivo, sólo se concederá a la víctima una satisfacción por equivalente, mediante el pago de una suma de dinero. El artículo 1916 disponía antes de la reforma que dicha indeminzación no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil, es decir, el daño patrimonial.

Mazeaud, ob. cit., t. I, pág. 149.

Ante la imposibilidad de reparar los valores espirituales lesionados o el dolor causado por un hecho ilícito, al herir los sentimientos o las afecciones de una persona, especialmente por la pérdida de los seres queridos, el derecho no ha encontrado otra forma de lograr una satisfacción para la víctima o sus herederos, y una sanción para el culpable, que condenarlo a un pago de una suma de dinero, independientemente de la responsabilidad penal en que pudiere haber incurrido. Estamos de

acuerdo en que se trata de una satisfacción muy imperfecta y que jamás podrá alcanzarse la reparación total como suele ocurrir tratándose de daños patrimoniales, pero sería injusto que ante la imposibilidad de alcanzar ese resultado, la víctima quedase desamparada. Quienes niegan la procedencia de la reparación por daño moral, alegando que jamás podrá traducirse en dinero un valor espiritual, olvidan que se cometería una mayor injusticia si ante la imposibilidad de una reparación perfecta, el derecho no impusiera por lo menos una reparación imperfecta. Además, en ciertos casos la indemnización pecuniaria puede proporcionar a la víctima satisfacciones espirituales que vengan a compensar los daños morales que hubiere sufrido.

Estamos de acuerdo con la interpretación que hacen Henri y León Mazeaud respecto a que el término "reparar" no debe ser interpretado en sentido restrictivo ni aun en los casos de reparación del daño patrimonial, pues cuando se destruye una cosa que por su naturaleza sea irremplazable, tampoco se podría restablecer la situación anterior al daño. Por la misma razón el artículo 1915 acepta que cuando sea imposible lograr el restablecimiento de la situación anterior al daño, se indemnizará a la víctima con el pago de daños y perjuicios. Es decir, con el pago de una suma de dinero, pues precisamente en el caso de daños morales no existe otra forma de hacer el pago de los mismos, según las explicaciones anteriores, sino mediante la entrega de una suma de dinero a título de reparación moral como dice el artículo 1916. Esta reparación, según el mismo precepto, debe ser equitativa, pero no podrá exceder de la tercera parte del daño patrimonial. Por tal motivo, cuando sólo se cause un daño moral, el juez no tendría base para determinar esa reparación moral.

En el derecho civil, existen dos formas de reparación del daño patrimonial: La reparación exacta y la reparación por equivalente. En principio se busca la reparación exacta y así lo dice la primera parte del artículo 1915 citado; pero cuando no sea posible tal reparación, como ocurre con la destrucción de las cosas, tendrá que admitirse y regularse una reparación por equivalente. Ahora bien, si esto se dice para el daño patrimonial, procede aplicar igual criterio para el daño moral. En el mismo sentido se procede para la responsabilidad contractual, especialmente en el incumplimiento de las obligaciones de hacer, pues ante la imposibilidad de hacer coacción sobre la persona del deudor, si éste se

resistiere a ejecutar el hecho tendrá que resolverse la obligación en el pago de daños y perjuicios, es decir, se buscará también una reparación por equivalente.

Mazeaud, ob. cit., t. I, pág. 154.

Cabe mencionar, que el artículo 1916 fue reformado por el artículo Primero del Decreto de 30 de diciembre de 1982, publicado en el Diario Oficial el 31 del mismo mes y año, para quedar como sigue:

"Por daño moral se entiende la afección que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma, tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por pacto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original".

Asimismo, el artículo 1916 bis fue adicionado por el artículo Primero del Decreto antes mencionado, y dice así:

"No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos

de opinión, crítica expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta".

7.—*Los daños y perjuicios deben ser consecuencia directa del hecho ilícito.*—Aun cuando este tema será posteriormente desarrollado al tratar del tercer elemento de la responsabilidad civil consistente en la relación de causa a efecto que debe mediar entre el hecho ilícito y el daño, por ahora sólo diremos que en nuestro sistema jurídico procede aplicar el criterio seguido por el legislador para el caso de daños causados por el incumplimiento de las obligaciones, es decir, para la culpa contractual en sentido lato. Al efecto prescribe el artículo 2110 que dice:

"Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse".

Para la culpa aquiliana o extracontractual, se aplica el mismo principio: la víctima sólo tendrá derecho a exigir el pago de los daños y perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del hecho ilícito.

8.—*Importancia del elemento culpa.*—Ya hemos indicado que la teoría subjetiva de la responsabilidad parte del elemento culpa, estimándolo como esencial para que nazca el derecho para exigir la reparación del daño. Precisamente por esta razón también se le denomina doctrina de la culpa.

En nuestro derecho, los artículos 1913 y 1932 del Código Civil vigente, han reconocido, además, la doctrina objetiva de la responsabilidad o del riesgo creado, admitiendo que aun cuando no haya culpa, sí nace la obligación de reparar el daño, cuando éste se causa por el uso de cosas peligrosas, según el concepto que de las mismas ya expresamos en el capítulo respectivo.

9.—*La culpa en la doctrina y en el derecho positivo.*—Desde el punto de vista de la doctrina tradicional, la culpa es un elemento esencial para que nazca la obligación de reparar el daño causado. Dentro del concepto lato de culpa, se entiende también el dolo.

Mazeaud, ob. cit., t. I, pág. 183.

De acuerdo con el deber jurídico fundamental que sirve de base a la convivencia humana y a la seguridad jurídica, así como a la paz pública y al orden, nadie puede interferir en una esfera jurídica ajena si no existe una expresa autorización normativa que faculte ese acto de interferencia. Por consiguiente, lo ilícito se puede definir en el derecho como toda interferencia en una esfera jurídica ajena, cuando la norma no autorice ese acto de interferencia.

En este concepto queda comprendido lo ilícito como toda forma de violación de un deber jurídico, pues no sólo se contraviene la norma general que se deduce del sistema jurídico, según la cual nadie puede interferir en una esfera jurídica ajena si el derecho no faculta para ello, sino que también se comprende en esa definición la violación de los deberes jurídicos concretos, es decir, el incumplimiento de las obligaciones de dar, hacer, no hacer y tolerar que se impongan por virtud de una relación jurídica determinada entre un sujeto activo y un sujeto pasivo.

Por ejemplo, cuando el deudor no paga al acreedor, su simple abstención implica una interferencia indebida en la esfera jurídica de éste, pues tal tipo de interferencia puede manifestarse en sentido positivo o en sentido negativo, es decir, por acciones o por omisiones. La interferencia positiva implica un ataque directo a la esfera jurídica ajena que se realiza por actos del responsable. La interferencia negativa se manifiesta en omisiones, por el solo hecho de no cumplir un deber jurídico general o un deber jurídico especial que exista a cargo del obligado. Esta forma de interferencia lesiona la esfera del sujeto activo, desde el momento en que el obligado no satisface la prestación a que aquél tenía derecho y disminuye por lo tanto injustificadamente esa esfera. Por eso, tan ilícito es ejecutar los actos prohibidos, como omitir los actos ordenados. En la ejecución de los actos prohibidos hay una interferencia positiva sobre la esfera jurídica ajena, en tanto que en la

omisión de los actos ordenados hay una interferencia negativa sobre dicha esfera. En ambos casos se trata de una interferencia ilícita.

La doctrina de la culpa extracontractual o aquiliana comprende los hechos ilícitos por virtud de una interferencia positiva. En tanto que la doctrina de la culpa contractual se refiere a los hechos ilícitos que implican una interferencia negativa, es decir, el incumplimiento de las obligaciones. De acuerdo con este criterio, el hecho ilícito o culpa aquiliana sería toda intromisión en una esfera jurídica ajena que causa un daño, sin que exista una autorización normativa para llevar a cabo ese acto de interferencia. Generalmente la culpa se define como todo acto ejecutado con negligencia, descuido, falta de previsión, o bien, con la intención de dañar en cuyo caso ya esa culpa toma el nombre de dolo.

La definición que antecede parte del concepto de que hay una obligación sobreentendida en todo el sistema jurídico, según la cual todo hombre al desarrollar cualquier actividad, debe proceder con diligencia, previsión y cuidado. En consecuencia, se faltará a este deber general cuando se cause un daño por negligencia, descuido o falta de previsión. Por la misma razón, el acto ejecutado en tales condiciones implica una interferencia indebida en la persona, en la conducta o en el patrimonio del sujeto perjudicado. El daño patrimonial implica siempre una disminución en la esfera jurídica de la víctima, que a su vez se manifiesta como una interferencia o ataque en su patrimonio que el derecho no autoriza y, por lo tanto, que habrá de calificar de ilícita.

10.—*La noción de la culpa en el Código Civil.*—El artículo 1910 del Código vigente estatuye:

"El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Del precepto mencionado se desprende que el Código define la culpa a través del hecho ilícito o del acto que se ejecuta contra las buenas costumbres. Ahora bien, obra ilícitamente tanto el que viola las leyes de orden público o las buenas costumbres, como el que falta al cumplimiento de obligaciones previamente constituidas en favor de un sujeto activo determinado, como ocurre cuando el deudor no hace pago al acreedor. El artículo 1830 dice: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres". A este concepto de ilicitud equivalente a la culpa extracontractual, se refiere el artículo 1910, pues aun cuando también hay conducta ilícita en el incumplimiento de las

obligaciones o culpa contractual, el propio Código regula las consecuencias de dicho incumplimiento en los artículos 2104 a 2118, estatuyendo como principio general que todo aquel que falta al cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, será responsable de los daños y perjuicios que causare (artículos 2104 y 2105).

Esta diferencia entre las dos culpas estaba claramente reconocida en el artículo 1458 del Código Civil de 1884, en los siguientes términos:

"Son causas de responsabilidad civil: I. La falta de cumplimiento de un contrato. II. Los actos u omisiones que están sujetos expresamente a ella por la ley".

Nuestros Códigos Civiles, a diferencia del Código francés, no han definido la culpa equiparándola a la imprudencia o a la simple negligencia, como dice el artículo 1383 de este último ordenamiento. En cambio, desde nuestro Código Penal de 1871, el delito de culpa o de imprudencia se ha definido como aquel acto que siendo lícito en sí mismo, no lo es por las consecuencias que produce, si el culpable no las evita por descuido, negligencia o falta de previsión.

La noción de la culpa o negligencia la define el artículo 2025 del Código Civil vigente, en el sentido de que:

"Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella".

Evidentemente que el precepto transcrito se refiere sólo a la culpa contractual en sentido estricto, pues comprende el incumplimiento de las obligaciones de custodia y de conservación que imponen los contratos traslativos de uso, goce, administración o custodia.

El concepto general contenido en el artículo 1910 ya antes transcrito, en realidad desplaza el problema relativo a la definición de la culpa, empleando el término más amplio de hecho ilícito. Ahora bien, justamente lo que se trata de determinar es el concepto de ilicitud que el artículo 1830 define limitándolo sólo al hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. De aquí la necesidad de encajar en esa definición la culpa o el dolo, no obstante que en un determinado caso de negligencia, falta de previsión o de cuidado, no podamos determinar la ley de orden público que haya sido violada. Supongamos que en un determinado derecho positivo, no exista un reglamento de tránsito para vehículos. Si un daño se causare por conducir un automóvil sin tomar las precauciones necesarias, no podríamos decir que ex-

presamente ese descuido implicó la violación de una ley de orden público, pues por hipótesis no existe en ese derecho positivo tal ley. Sin embargo tal comportamiento sería ilícito. Pueden ocurrir múltiples casos de negligencia o descuido que no podamos imputarlos o referirlos a la violación de una ley de orden público, y que tampoco impliquen un ataque a las buenas costumbres. Sin embargo, en todos estos casos debe considerarse que del sistema jurídico se desprende una norma general que es de interés público, según la cual todo hombre debe proceder con diligencia o cuidado. En consecuencia, está prohibido actuar con descuido, negligencia o falta de previsión. Por lo tanto, todo hecho del hombre que cause daño a otro violando esa regla general de conducta, obliga al culpable a la reparación del daño causado. Desde el punto de vista del derecho positivo, sería preferible conservar la fórmula tradicional que sustituye con ventaja la del artículo 1910 y que podría expresarse así: "El que obrando con negligencia, falta de previsión o cuidado, causare un daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño sólo se produjo por culpa o negligencia de la víctima, y no por la del causante del mismo".

11.—*Comentario sobre algunas definiciones de la culpa.*—Henri y León Mazeaud analizan la tesis de Paul Leclercq en el sentido de que hay culpa en todo atentado contra la integridad personal o patrimonial de la víctima, considerando que por este camino se sustituye la noción de culpa por la de perjuicio. Lo principal será que la víctima sufra un daño en su integridad personal o patrimonial, para que por ese sólo hecho exista culpa en el causante del mismo. El concepto anterior fundamentalmente coincide con el que expusimos para la definición general de lo ilícito, pues toda interferencia es una esfera jurídica ajena, que no esté autorizado por la norma, implica un ataque en la integridad personal o patrimonial del sujeto interferido. Entre esta definición de la culpa y el principio que adopta la teoría objetiva de la responsabilidad, no hay tampoco diferencia esencial, dado que la existencia del daño mismo y el hecho de haberse causado por la actividad de un sujeto, será suficiente para que se le haga responsable del mismo.

En la definición de la culpa, algunos autores hacen figurar no simplemente la ilicitud, sino también la imputabilidad. Este último elemento no ha sido reconocido en nuestro derecho, a diferencia del francés que sí lo admite. El artículo 1911 del Código Civil vigente ya no requiere la imputabilidad al estatuir:

"El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922".

La imputabilidad requiere que el sujeto sea consciente en la ejecución del acto. Por lo tanto, los niños, los enajenados mentales, los privados de inteligencia y en general todos los que sufran perturbaciones graves de sus facultades mentales, no serían responsables del daño que causaren, porque faltaría el elemento de la imputabilidad. En este sentido se afirma que hay una relación lógica entre la culpabilidad y la imputabilidad, pues para que una persona sea plenamente responsable de sus actos, debe ser consciente en la ejecución de los mismos, no siendo culpable aquél a quien no se le pueda imputar el acto. Sólo incurre en dolo o en descuido, quien tiene la conciencia necesaria para prever el resultado de su acción. La exposición de motivos del Código Penal de 1871, suprimió el elemento relativo a la imputabilidad, por las siguientes razones:

"Al tratar de las personas civilmente responsables, se examinó si lo son o no los que causan algún daño hallándose en estado de enajenación mental, y los menores que obran sin discernimiento. Los que sostienen que son irresponsables, se fundan en que aquéllos obran sin dolo y sin culpa, pues no tienen voluntad ni conocimiento de lo que hacen. Sin embargo de esto, la comisión ha seguido la opinión contraria, como se hizo en el Código Penal español y en la ley mexicana de 5 de enero de 1857; porque le pareció injusto que se quede reducido a la miseria el que sin culpa sufrió un grave daño tan sólo porque el que se lo causó no supo lo que hacía, cuando éste pueda repararlo fácilmente".

Para salvar en lo posible los requisitos de imputabilidad y culpabilidad, se dispuso tanto en el Código Penal de 1871, como en el Código Civil vigente, que los incapaces sólo responderán en los daños causados, cuando no se pueda arrojar esa responsabilidad sobre los tutores, personas que ejerzan la patria potestad, directores de colegios, de talleres, etc. Preferentemente estas personas responden si ha habido falta de vigilancia, es decir, culpa in vigilando respecto de los incapaces; pero como el artículo 1922 libera de responsabilidad a los padres, tutores, directores de colegios o de talleres, cuando demuestren que no se les puede imputar los daños causados por haber sido imposible evitarlos, no obstante haber ejercido la suficiente vigilancia, por razones de equidad, nuestro sistema jurídico hace responsables a los incapaces, a pesar de que por su falta de conciencia no se les pueda imputar el acto dañoso.

La definición propuesta por Demogue al exigir un elemento obje-

tivo consistente en el atentado contra un derecho ajeno, y un elemento subjetivo o sea, haber tenido la previsión suficiente para advertir o haber podido advertir el daño causado, implica tanto la culpabilidad como la imputabilidad. En rigor es tan amplia el primer elemento relativo a constituir un atentado contra un derecho ajeno, que ya implica el hecho ilícito. Dicha expresión es equivalente al ataque o interferencia injustificada sobre una esfera jurídica ajena, pues ésta se traduce en violación de los derechos patrimoniales o no patrimoniales del sujeto.

En el concepto propuesto por Emmanuel Lévy al considerar que por virtud del acto culposo se defrauda la confianza que legítimamente la sociedad ha depositado en sus distintos miembros, se contempla ya la culpa desde un doble punto de vista, pues se hace responsable a los demás frente a cada quien en la medida en que no proceden en la forma que era de esperar que procedieran de acuerdo con las necesidades de la interdependencia humana. A su vez, cada quien debe confiar en sí mismo, en las distintas actividades que realice y será responsable para con los demás, en la medida en que cause daño al no proceder en esa forma. Existe por consiguiente para la convivencia social, la necesidad de que haya una confianza recíproca, pues cada quien debe confiar en los demás y a su vez debe confiar en sí mismo, tomando las precauciones necesarias para actuar dentro de los límites razonables de esa confianza recíproca. Esta idea se pone de relieve en la conducción de vehículos, en donde cada quien no sólo debe de confiar en sí mismo, sino que también razonablemente debe esperar que todos los demás se conduzcan observando la regulación respectiva para el tránsito de vehículos y de personas.

Henri y León Mazeaud definen la culpa como un error de conducta que puede implicar el dolo o sea, la intención de dañar, o bien, simplemente un descuido, porque no se actuó como debió haberse actuado, de acuerdo con la precaución que razonablemente deba esperar la sociedad de cada uno de sus miembros.

Henri y León Mazeaud, ob. cit., págs. 183 a 197.

Las definiciones anteriores parten siempre de la culpa considerada in abstracto, pues toman en cuenta la conducta ideal de un determinado tipo de hombre. En algunos casos, se parte del buen padre de familia como hombre normalmente cuidadoso, es decir, que observa una diligencia media en todas sus acciones. Para otros casos se toma en cuenta la conducta del hombre común y corriente o sea, del que observa una dili-

gencia mínima en sus distintos actos y asuntos. Por último, cabe considerar el tipo de hombre excesivamente cuidadoso, que siempre procede con la diligencia máxima que humanamente es posible observar. Los romanos lo caracterizaron como un "diligentísimo padre de familia".

12.—*El principio de causalidad.*—Para que pueda determinarse la responsabilidad civil a cargo de un cierto sujeto es necesario que no sólo sea *culpable* del daño, sino además *causante* del mismo. Propiamente para reputar culpable a alguien, es necesario que sea causante del daño. Es decir, en rigor la noción de culpabilidad entraña necesariamente la de causalidad entre el hecho y el daño. En consecuencia, la relación de causalidad origina el problema relativo a determinar si todo daño originado por un cierto hecho, debe ser reparado.

En principio puede decirse que la relación de causalidad ha de apreciarse en forma objetiva por el juez, es decir, debe ser necesaria. Desde el Código Penal de 1871 se requería que los daños se hubieran ya causado o que necesariamente se tuvieren que causar por virtud del hecho ilícito.

En materia de culpa contractual el artículo 2110 del Código Civil vigente expresamente requiere que los daños y perjuicios exigibles por el incumplimiento de una obligación, sean los daños directos e inmediatos que se hayan causado o que necesariamente deban causarse. Este principio lo aplica la doctrina y la jurisprudencia a la culpa extracontractual o aquiliana, a pesar de que no existe una disposición expresa al respecto, pues la lógica misma la impone.

13.—*Dificultad para determinar cuál fue el hecho causante del daño.*—A menudo un cierto daño puede presentar problemas difíciles para determinar cuál fue la causa determinante del mismo, por existir varios hechos que aparentemente lo han producido.

Mazeaud, ob. cit., t. II, pág. 11.

Ennecerus-Lehmann (Tratado de Derecho Civil, t. II, v. I, pág. 66) hacen notar que el concepto filosófico de causa no es aplicable de un modo absoluto por el derecho, ya que por tal debe entenderse el conjunto de condiciones de un resultado (John Stuart Mill, Sistema de la Lógica deductiva e inductiva, revisado por Gomperz, 1885, tomo II, No. 3). En efecto, ningún hecho por sí mismo y de manera aislada es capaz de producir total y exclusivamente un determinado efecto, sino que habrán

de concurrir con él un conjunto de causas secundarias, de tal suerte que tendrá que distinguirse entre la causa eficiente y las causas concurrentes.

"Esto por sí solo obliga a estrechar el concepto "filosófico" de la causa. Importa destacar ciertas condiciones del resultado y caracterizarlas como causa en sentido jurídico. Como quiera que todas las condiciones son de igual valor, tiene que bastar, por de pronto y en principio, establecer una condición del resultado. Así, pues, en sentido jurídico se considera como causa toda condición del resultado. Mas tampoco este concepto de la causa, del que parte la jurisprudencia en materia penal siguiendo a Buri, sería utilizable, con relación a las normas del derecho civil sobre la indemnización, pues daría lugar a una responsabilidad demasiado amplia". "La causalidad que da margen para esta responsabilidad —la llamada causalidad que se llena de responsabilidad— es imposible determinarla prácticamente inspirándose en la teoría pura de la condición. ¿Acaso el sastre que retrasa la entrega de un abrigo de viaje que se le había encargado tendrá que responder realmente si sobreviniera a su cliente un accidente ferroviario a virtud de haber aplazado el viaje por ese motivo? Además, el C. c. prevé muchos casos en los que se hace responsable a uno por haber causado un resultado, aunque no medie culpa (por ejemplo, Nos. 833 y 835). También esta causalidad constituyente de responsabilidad obliga a configurar con mayor estrechez el concepto jurídico de la causa en cuanto a las normas de la indemnización. Tanto más cuanto que, en primer lugar, en el problema jurídico de la causa no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino que si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas, o sea de la relación de fundamento a consecuencia". (Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, pág. 66).

14.—*Distinción entre la culpabilidad y la causalidad.*—La causalidad no implica la culpabilidad; pero ésta sí entraña o supone a aquélla. Es evidente que el causante de un daño, no siempre es culpable del mismo. En cambio, el culpable de un determinado perjuicio, necesariamente debe ser causante del mismo, pues para calificarlo de culpable, ha sido necesario antes que haya causado ese daño, ya que si no lo hubiere originado, jurídicamente no podrá reputársele culpable del mismo. En sentido distinto opinan Henri y León Mazeaud. En el ejemplo que presentan dichos autores se comprueba que se ha confundido la culpabilidad relativa a la tentativa de homicidio al suministrar un veneno a la víctima, con la de causarle la muerte por un hecho distinto, como es la de un disparo de revólver que un tercero ejecutare. En el caso, quien suministró el veneno no puede reputarse culpable de la muerte que motivó otro al ejecutar el disparo. Es decir, cuando se afirma que todo culpable es causante del daño, se parte de la base de que el mismo hecho sea objeto de la calificación correspondiente, pues si hacemos intervenir un hecho distinto, es claro que uno de ellos puede ser considerado co-

mo culposo, pero no en relación con el resultado producido por el otro hecho, sino por el que el primero produjo. En el caso, el solo hecho de suministrar veneno a una persona, es un acto ilícito en sí mismo, aun cuando no cause la muerte de ella, o ésta se produzca por una causa distinta, de manera que quien dio el veneno fue culpable y causante a la vez del daño que produjo en sí mismo el envenenamiento, independientemente de la muerte del lesionado.

15.—*Ausencia de causalidad.*—Para el derecho habrá falta de causa, cuando el daño se produzca por culpa de la víctima, hecho de tercero, caso fortuito o fuerza mayor. Desde el punto de vista filosófico es claro que ese daño ha tenido una causa; pero en sentido jurídico decimos que no existe el nexo causal para originar la responsabilidad del que es demandado en el falso supuesto de que fue el que motivó el daño. Si se trata de culpa de la víctima, de caso fortuito o de fuerza mayor, propiamente no existe un caso de responsabilidad civil; pero si el daño se produjo por el hecho de un tercero, habrá que distinguir si el demandado deberá responder por esa actividad ajena según las normas que hemos comentado, o bien, si estamos en presencia de un caso de responsabilidad directa de dicho tercero. Para la hipótesis de culpa de la vícima, el artículo 1910 del Código Civil vigente requiere que se trate de una culpa inexcusable, de manera que si fuere excusable, sí habrá responsabilidad civil a cargo del causante del daño, pero siempre y cuando sea además culpable del mismo. Como también suponemos que la víctima cometió una culpa excusable de su parte, estaremos en presencia de un caso de responsabilidad originado por dualidad de culpas: la del agente y la de la víctima. Este problema será analizado más adelante. Por ahora sólo diremos que la culpa es inexcusable, cuando ningún adulto de ordinaria mentalidad, conducta y previsión, hubiere ejecutado el hecho, como sería por ejemplo el no atravesar una calle cuando los vehículos tienen la señal de adelante para transitar; o bien, como sería el no penetrar en la zona de peligro, cuando se anuncia el uso de explosivos en determinado lugar, para la ejecución de ciertas obras.

16.—*Pluralidad de causas.*—Así como un efecto puede tener varias causas, de la misma suerte un daño puede ser producido por distintos hechos cuya conjunción producen un cierto resultado. Puede darse el caso excepcional de que todos los hechos tengan una participación igualmente importante en la comisión del daño, como ocurre cuando varias personas al mantear a otra le causan la muerte o una lesión. En cambio, si varios

empujan a un tercero para que sea atropellado por un automóvil, pueden darle un impulso igual o diferente y, por lo tanto, en este último caso habría que determinar cuál fue la causa eficiente del daño o sea, quién dio el impulso mayor, que por sí mismo o que por la unión de los impulsos menores hubiere producido el resultado que se analiza. Entre los hechos concurrentes que originen un daño, cabe suponer también el hecho de la víctima, lo que a su vez originará el problema relativo a determinar si el mismo fue por sí solo bastante para producir el daño, o bien, si únicamente éste se produjo por la combinación con determinados acontecimientos provenientes de hechos naturales o acciones de terceros.

17.—*La teoría del hecho determinante.*—De acuerdo con las ideas de Buri, el hecho determinante o condición sine qua non de un daño imputable o no al demandado, debe determinarse de acuerdo con la siguiente base: si el daño se produjo por la actuación de este último será responsable; en cambio, si se hubiera producido aun cuando el demandado no hubiese actuado, no habrá base para la responsabilidad. De esta suerte, si la víctima demostrare que si el agente no hubiere obrado, el daño no se habría realizado, el juez deberá pronunciar sentencia condenatoria.

"En principio, sólo es indispensable que los daños no se hubieren producido sin el hecho en cuestión, o sea que este hecho constituya una condictio sine qua non del nacimiento del daño". Esta llamada teoría de la condición que considera como causales todos y cada uno de los numerosos hechos cuya coincidencia constituye la causa conjunta del daño (dicho con otras palabras toda condición del daño), ha sido definida en cuanto al derecho penal especialmente por Buri que la ha llevado a la categoría de opinión dominante. También la mayoría de los civilistas como Mommsen, Windscheid y otros, se inspira en lo principal de esta doctrina, pero casi ninguno desconoce que la teoría de la condición necesita ser limitada, pues de no ser así llevaría con frecuencia a resoluciones incompatibles con el sentimiento jurídico (sobre este texto 2). También los juristas romanos admiten semejantes modificaciones, pero parten provisionalmente de la teoría de la condición. Así, por ejemplo, en el caso de matarse a un esclavo se otorga una pretensión al resarcimiento de la pena convencional bajo la cual el dueño debía al esclavo. L. 22 D. ad Aqu. 9, 2. Véanse citas del Digesto en las ediciones anteriores". (Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, pág. 67).

En Alemania se opone a la tesis de Buri la sostenida por von Kries para quien sólo son causas de un daño los hechos que normalmente deben producirlo, de tal manera que si por circunstancias excepcionales un determinado hecho produce un daño que normalmente no hubiera sido ca-

paz de originar, aun cuando conforme a la ley de causalidad, ese hecho sí fue causante del daño, jurídicamente no debe reputarse como tal.

18.—*Causas que exoneran de responsabilidad civil.*—De acuerdo con los principios que informan la teoría de la culpa o sistema subjetivo de la responsabilidad, el demandado debe ser absuelto siempre que se pruebe que el daño se produjo por caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o culpa inexcusable de la víctima.

Cuando la única causa del daño es la actividad misma de la víctima, tampoco debe haber responsabilidad, pues entonces el demandado no fue causante del citado daño. Aun cuando el artículo 1910 del Código Civil vigente requiere para exonerar de responsabilidad al demandado que haya habido culpa inexcusable de la víctima, debe mantenerse la tesis qúe antecede, pues dicho precepto alude al caso de que tanto el agente como la víctima fueron culpables. Por consiguiente, cuando el demandado para nada haya intervenido en la comisión del daño, por haberse producido éste sólo por la actividad de la víctima, debe decirse, que ésta se dañó a sí misma. Por ejemplo, cuando alguien se lastima al usar un martillo e imputa a un simple espectador, por el solo hecho de haberlo distraído con su presencia, la culpa en el daño que se produjo.

Los problemas que suscita el artículo 1910, cuando el agente y la víctima sean culpables, dependerán de una mayor gravedad en la culpa de cada una de dichas partes.

Mazeaud, ob. cit., t. II, págs. 24, 35 y 36.

En principio puede decirse que el agente sólo será responsable cuando su culpa sea la determinante del daño, de tal manera que la culpa de la víctima no lo hubiere causado o sea, que a pesar de su inactividad o falta absoluta de culpabilidad, también se hubiere producido el resultado perjudicial. Por equidad, si la culpa de la víctima sólo agravó la cuantía del daño, deberá condenarse exclusivamente al pago de la indemnización que conforme a la valorización respectiva, sea a cargo del demandado. En cambio, si la culpa de la víctima fue la determinante exclusiva del daño, la sentencia será absolutoria; pero si por el hecho del agente se agravó el resultado dañoso, también aquí debe intervenir la equidad para que se le haga responsable de la parte que en justicia sea a su cargo, lo que motivará además del dictamen pericial, la prudente apreciación judicial, para deslindar responsabilidades.

19.—*Prueba del nexo causal.*—Al actor en el juicio de responsabilidad civil le incumbe no sólo la prueba de la culpa o del dolo del demandado, sino también la del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño, así como la de que efectivamente se produjo un menoscabo en su patrimonio (daño emergente) o que dejó de percibir alguna ganancia lícita como consecuencia directa del citado hecho (lucro cesante). El daño debe ser real y no simplemente hipotético o posible.

Mazeaud, ob. cit., t. II, pág. 50.

Con el objeto de facilitar a la víctima la prueba de los elementos mencionados, dado que en ocasiones sería muy difícil acreditarlos, el Código Civil ha admitido ciertas presunciones absolutas o relativas de culpabilidad como ya vimos al tratar en este capítulo de los casos relativos a la responsabilidad de los que ejerzan la patria potestad, de los tutores, de los patrones y dueños de establecimientos mercantiles, de los directores de colegios, de los jefes de casa, dueños de hoteles y casas de huéspedes, etc. Al presumirse la culpa de esas personas por los daños causados por aquellos que estén bajo su potestad, cuidado, dirección o a su servicio, no se tienen por justificados los otros elementos de la responsabilidad civil, como son el nexo causal y la existencia y cuantía del daño. De esta suerte, si los que ejerzan la patria potestad se reputan presuncionalmente culpables de los daños causados por los menores que estén a su cuidado, ello no implica que la víctima no tenga a su cargo la prueba relativa a la relación de causa a efecto entre el hecho del menor y el daño originado. Es decir, que el citado menor fue realmente causante de ese daño. Se admiten al efecto los distintos medios de prueba que el derecho reconoce, existiendo un movimiento favorable en la doctrina para facilitar la prueba de los distintos elementos de la responsabilidad civil, llegándose a invertir en ocasiones la citada carga de la prueba, o sea que en determinados casos será el demandado quien tenga que demostrar que no se le puede arrojar la culpa presunta por la ley, ni puede en consecuencia reputársele causante del daño.

20.—*Trascendencia que en materia penal tenga la existencia del delito, en relación con la responsabilidad civil.*—La calificación hecha por el juez penal sobre el carácter delictuoso de un hecho se impone al juez civil para tener por demostrada la culpabilidad, aun cuando por virtud de una causa excluyente de responsabilidad penal, se absuelva al acusado. Para los efectos civiles ya hemos explicado que no se requiere

la imputabilidad, de tal manera que aun el incapaz que cause daño debe repararlo, según previene el artículo 1911 del Código Civil vigente. Nuestro derecho se distingue del francés en que no requiere el elemento relativo a la imputabilidad. Henri y León Mazeaud afirman que las normas relacionadas con la imputabilidad material o moral se imponen al juez civil. En tanto que la culpabilidad supone que el hecho se ejecuta con dolo, imprudencia, negligencia, falta de previsión o de conocimientos, la imputabilidad requiere además que el autor del hecho lo haya realizado en forma consciente, por lo que en buena lógica, faltando este último elemento, no puede existir el primero. Ahora bien, no obstante que nuestro derecho se ha fundado en la teoría de la culpa, desde el Código Penal de 1871 se eliminó el elemento relativo a la imputabilidad, expresando la exposición de motivos de ese ordenamiento que sería injusto que la víctima pudiera en ocasiones quedar reducida a la miseria, tan sólo porque el causante del daño no supo lo que hacía, no obstante que esté en posibilidad económica de repararlo. Por la misma razón el artículo 1911 del Código Civil vigente dispone: "El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme a lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922".

Aun cuando los juristas citados afirmen que la comprobación que haga el juez penal respecto al vínculo de causalidad se impone al juez civil con la misma autoridad absoluta que la justificación del prejuicio y de la culpa, creemos que los dos primeros elementos de la responsabilidad civil (nexo causal y daño), no son de la competencia de los tribunales del orden penal para el efecto de ligar al juez civil en cuanto a la prueba de tales elementos, toda vez que para que pudiera plantearse la demanda de responsabilidad por daños y perjuicios, sería menester que se tratare de un hecho no delictuoso, o de un caso en el cual procediere una excluyente de responsabilidad penal. Ahora bien, en ambos casos la sentencia absolutoria pronunciada por el juez penal, no podría servir de prueba plena en un juicio civil, bien sea para acreditar el daño y el nexo causal, o para negarlos, toda vez que para fundar la sentencia absolutoria se partió de supuestos distintos a los que servirán de base para la procedencia de la acción civil. Los juristas citados parecen admitir también las limitaciones que la naturaleza misma de la diversidad de materias impone, reconociendo expresamente que la autoridad absoluta de la sentencia penal condenatoria sólo se puede admitir para la indemnización civil, en cuanto a tener por acreditada la culpa, pero que su al-

cance es muy restringido en relación con los otros elementos a que ya nos hemos referido.

La Suprema Corte de Justicia ha sentado jurisprudencia en el sentido de que la responsabilidad civil puede existir aun cuando se absuelva de toda responsabilidad penal al acusado, lo que permite distinguir dos casos: a).—Cuando la sentencia absolutoria declara que no hubo delito y b).—Cuando absuelve al acusado debido a una excluyente de responsabilidad penal, teniendo el hecho objeto de la averiguación, las características de un delito. Dice así la tesis jurisprudencial número 926, pág. 1707 del Apéndice al Tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación:

"*Responsabilidad civil.*—No es necesario que exista una condenación de orden criminal para que se pueda condenar al pago de la responsabilidad civil. T. XVIII, pág. 396; t. XXV, pág. 427; t. XXVIII, pág. 2025; t. XXXI, págs. 1541 y 2042".

Relativamente a las personas a quienes compete el ejercicio de la acción civil para obtener la reparación del daño, Henri y León Mazeaud sostienen que sólo el lesionado es el único que deberá intentar la acción, coincidiendo fundamentalmente la opinión que sustentamos en el capítulo anterior, con la tesis mencionada.

21.—*Transmisibilidad de la acción civil de responsabilidad.*—Tratándose de una acción de carácter privado y de contenido patrimonial, es indiscutible que sí pueda ser objeto de trasmisión por acto entre vivos o por causa de muerte. En nuestro derecho no puede decirse lo mismo para la acción pública que tiene por objeto exigir la reparación del daño proveniente de delito, pues ya hemos dicho que sólo compete al Ministerio Público intentarla. La víctima sólo podría ceder el derecho que le asiste para recibir la indemnización que como resultado de la acción pública, determinare el juez en su favor.

22.—*Efectos de la cosa juzgada en materia penal, respecto de la responsabilidad civil.*—La autoridad de la cosa juzgada en materia penal tiene efectos distintos en el orden civil, según que sea condenatoria o de absolución. En efecto, si ocurre lo primero, el juez civil no será competente para conocer de una demanda de responsabilidad que se funde en la comisión de un delito. En cambio, si la sentencia es absolutoria, cabe la posibilidad de que para los efectos civiles sí exista un hecho ilícito que sea fuente de obligaciones. Puede suceder que a pesar de que

un hecho haya sido calificado civilmente como ilícito, el Ministerio Público intente la acción penal por estimar que constituye un delito, caso en el cual la jurisdicción penal no se verá impedida para resolver sobre la naturaleza delictuosa del hecho, a pesar de que el juez civil lo hubiere calificado como simplemente ilícito para los efectos relativos a la reparación del daño.

23.—*Momento a partir del cual nace el derecho a exigir la responsabilidad civil.*—El derecho para exigir la reparación del daño nace en el momento mismo en que se integran los tres elementos que hemos venido analizando respecto a la responsabilidad civil: culpa, daño y nexo causal. Se trata de una consecuencia que nace de supuestos complejos que deben fusionarse entre sí, según explica Fritz Schraier en la obra que ya hemos mencionado: Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho (Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1942, págs. 151 a 158). En el caso se trata de supuestos complejos, debido a que la consecuencia jurídica no puede producirse sino hasta que se combinan todos aquellos supuestos que en forma aislada no podrían por sí solos alcanzar ese resultado. Por la misma razón, se trata de supuestos absolutamente dependientes. El autor mencionado nos dice que siguiendo a Husserl (Investigaciones Lógicas, pág. 282) son "supuestos dependientes aquellos en relación con los cuales rige la ley de que sólo pueden existir como partes de una totalidad". "La dependencia puede ser de dos especies: absoluta y relativa. Absolutamente dependientes son los hechos jurídicos que por sí mismos no engendran ninguna consecuencia, es decir, aquellos que sólo producen consecuencias de derecho cuando forman parte de un hecho jurídico total". (Schraier, ob. cit., págs. 148 y 149).

En la responsabilidad civil no bastaría la existencia de la culpa, si ésta no produce un daño, para que nazca la acción correspondiente. Por lo tanto, el momento en que se constituye el derecho de crédito para exigir la reparación por el daño causado, es el relativo a la realización de este último siempre y cuando se pueda determinar la relación causal entre el hecho culposo y el daño producido. Si simplemente se ejecutare un hecho con dolo o con culpa, pero no causare daño, no podría nacer la acción de que tratamos, ya que la misma tiene por objeto exigir la reparación de un daño que sólo hasta que se cause originará el derecho correspondiente. La demanda o la sentencia son lógicamente etapas posteriores que ya suponen el derecho nacido, pues en la primera se hace valer y en la segunda se declara. Aun cuando se trate de sentencias condenatorias, no puede decirse que su efecto sea

constitutivo, sino que lo es netamente declarativo al reconocer que en el momento en que se produjo el daño por virtud del hecho ilícito, nació el derecho de la víctima. Esta es la razón por la cual la demanda y la sentencia deben fundarse en la ley vigente en el momento en el que se causó el perjuicio, y no en la ley que rija cuando se intente la acción o se pronuncie el fallo.

CAPITULO VI

El Abuso del Derecho

1.—*Antecedentes en el derecho romano.*—El abuso de los derechos ha planteado un problema muy interesante desde el derecho romano, afirmándose como axioma que quien usa de su derecho a nadie perjudica (qui jure suo utitur, neminem laédit). En este sentido se pronuncia la ley 55 del título XVII del Libro L del Digesto, así como las leyes 151 y 155 del mismo título y libro. La ley 26, título II, del libro XXXIX del mismo Digesto, dice así:

"Cuando alguno hiciese alguna cosa en su propio suelo usando de su derecho aunque prometiese al vecino por el daño que amenaza, no se obliga a él por esta estipulación; verbigracia: si inmediato a mis edificios tuvieses los tuyos, que los levantas usando de tu derecho, o si a tu predio inmediato llevases el agua que venía al mío, haciendo algún acueducto cubierto o foso; pues aunque en este caso me quitas el agua, y en aquél me quitas las luces, esto no obstante, por esta estipulación no me compete acción; porque no parece que causa daño el que priva a otro de aquello que disfrutaba por causa lucrativa; pues es muy diferente que uno cause daño a otro o que le prive de aquellos de que se utiliza".

También en el párrafo 12 de la ley 24 del mismo título y libro citados, se consignan los siguientes principios:

"Si hago un pozo en mi casa y por esto se cortaron los manantiales del tuyo, ¿acaso estaré obligado? *Trebacio* dice que no me obligaré por el daño que cause; porque no se juzga que resulte el daño por vicio de mi obra, respecto que uso de mi derecho. Pero si lo profundizo tanto que no puede subsistir tu pared, tiene lugar la estipulación por el daño que amenaza".

De las anteriores transcripciones se desprende que en el derecho romano no había responsabilidad civil cuando se causaban daños en el ejercicio de los derechos; pero en esa misma legislación se estatuía para la propiedad, como el derecho más absoluto, que debía ser ejer-

cido conforme a la razón, a la equidad y a la naturaleza, y se fijó un límite de carácter negativo para su ejercicio, cuando el titular tenía la intención de perjudicar a tercero, sin obtener ningún provecho.

Los jurisconsultos romanos, fundándose en la razón, en la equidad y en el derecho natural, prohibieron el ejercicio mismo del derecho de propiedad, cuando se hiciera con la intención de dañar, es decir, con dolo, y sin ninguna utilidad para el propietario.

Se han querido interpretar los textos del Digesto, considerando que no podía existir responsabilidad civil en el ejercicio de los derechos, aunque se causara daño a tercero; pero esta interpretación, sí está desmentida a propósito de la propiedad y de las servidumbres en los ejemplos que nos presenta el derecho romano. Tenemos, por ejemplo en la copropiedad originada por la medianería, un caso que nos demuestra que no podía ejercitarse el derecho derivado de ésta para elevar el muro medianero, simplemente para privar de luz o de sol a uno de los copropietarios.

Existía en la medianería el derecho libremente concedido a los copropietarios de elevar su muro; pero debía haber alguna utilidad al hacerlo. Cuando uno de ellos quería elevarlo con la sola intención de perjudicar a su vecino, para privarle de la luz o del sol, se consideró ilícito ese ejercicio.

"Antiguo principio del libre uso de los derechos. De la circunstancia de que la culpa es un acto contrario al derecho (ilícito),. resulta una consecuencia importante: si tengo derecho de hacer un acto determinado, no incurro en culpa al ejecutarlo; si tengo el derecho de abstenerme, no incurro en culpa por no haberlo realizado. En consecuencia, nada debo a ninguna persona, por grande que sea el perjuicio de mi acción o mi abstención haya causado a tercero.

Es este un punto que los jurisconsultos romanos habían afirmado con la mayor claridad posible. Gayo dice: "Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur" (Digesto, liv. L., tít. 17, fr. 55). Paulo: "Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet" (Ibid, fra. 151). De lo anterior concluían principalmente, que quien tapa las ventanas de su vecino construyendo en su propio terreno, no se expone, en principio, a ninguna reclamación: "Cum eo qui tollendo obscurat vicini aedes quibus non serviat, nulla est actio" (Ulpiano, Digesto, lib. VIII, tít. 2, fr. 9). La misma solución se daba al caso de que se agotara un manantial en virtud de los trabajos realizados por otra persona, en sus propios terrenos (Digesto, lib. XXXIX, tít. 2, fr. 26). Estos ejemplos aun son válidos" (Planiol, ob. cit., Las Obligaciones, de la traduc. de José M. Cajica Jr., págs. 541 y 542).

Henri y León-Mazeaud afirman categóricamente que la idea del abuso del derecho sí fue conocida y aceptada por los jurisconsultos ro-

manos, invocando al efecto ciertos pasajes de Gayo y Paulo. Sobre este tema se expresan así:

"En el derecho romano encontramos ya la noción del abuso de un derecho, hoy definitivamente aceptada. Sin embargo, por lo general es en los textos del Digesto donde los adversarios del abuso escogen sus primeros argumentos. ¿No ha escrito Gayo: *Nullus videtur dolo facere qui jure suo xutitur?* ¿No ha afirmado Paulo: *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet?* ¿No declaraba asimismo Ulpiano: *Neminen leadit, nemo damnum facit, qui suo jure utitur?* Pero si comparamos estas fórmulas con el contexto, si consultamos el conjunto del derecho romano, veremos que en él se aceptaba la idea del abuso del derecho. Quizá se limitaba a la prohibición de ejercer un derecho con el propósito de perjudicar a otro, pero existía, en esta forma por lo menor. Nuestro venerado maestro Charles Appleton, que se ha consagrado a dilucidar todas las disposiciones del derecho romano que tienen un carácter moral, ha demostrado el papel que desempeña el abuso de los derechos, y cita, a su turno, textos de Gayo y de Paulo: *Malecenim nostro jure uti non debemus; non omne quod licet honestum est,* y las máximas: *Summum jus, summa injuria; malitiis non est indulgendum".* (Henri y León Mazeaud, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, t. I, pág. 247).

2.—*La tesis de la investigación científica aplicada al problema relacionado con el abuso del derecho.*—Siguiendo Gény el método que postula para la interpretación de la ley, estima que la libre investigación científica nos permite aclarar muchos puntos dudosos relativamente a la teoría del abuso del derecho. Desde luego piensa que la jurisprudencia francesa apenas si ha bosquejado en algunas ejecutorias lo que constituye la médula misma del problema; que a pesar de la tradición y de las fórmulas consagradas por el derecho romano, *sí es posible en el derecho moderno reconocer una limitación necesaria en el ejercicio de los derechos, a efecto de que éstos sean disfrutados siempre en beneficio general.* El progreso jurídico ha podido colmar las lagunas de la ley en esta materia, considerando que independientemente de los textos legales, *debe tomarse en cuenta el principio general del equilibrio de los intereses en conflicto, para que los derechos sean ejercitados sin causar daño a tercero.* Transcribimos a continuación las ideas de Gény sobre el particular:

"Por el mismo procedimiento creo yo que se llegará a precisar una teoría apenas bosquejada por nuestra jurisprudencia, caracterizando lo que se pueda llamar el *abuso del derecho,* susceptible de comprometer la responsabilidad del titular. A pesar de las fórmulas absolutas del derecho romano, llegadas hasta nosotros, nuestra conciencia jurídica moderna repugna, más cada vez, admitir que el ejercicio de los derechos pueda ser ilimitado. Esta tendencia se ha traducido

singularmente en una jurisprudencia, hoy resueltamente establecida, que rehusa aplicar la máxima tradicional *Neminem laedit qui suo jure utitur* en todos los casos en que ella reconoce un verdadero abuso del derecho. Desde largo tiempo constituida, con ánimo de limitar ciertos abusos de la propiedad territorial, y de completar, en algún modo, el sistema legal de las reclamaciones de vecindad, esta jurisprudencia se ha desenvuelto particularmente en estos últimos tiempos, con relación a diversas manifestaciones de la libertad individual, que ha parecido debían ser reprimidas civilmente, como lesivas de los derechos de tercero. Se sabe, sin embargo, que la gran dificultad de esta teoría, poco combatida en sí, consiste en caracterizar claramente el *abuso del derecho* que, excediendo su legítimo ejercicio, da sólo nacimiento a la responsabilidad de que se trata. Se puede especificar este abuso desde un punto de vista moral y psicológico a la vez, distinguiéndose por una intención de dañar a otro que acompañará al ejercicio aparente de un derecho. Esto casi sería volver a la idea tan desacreditada que proscribió los actos de *emulación* y a la máxima tan difícilmente aplicable: *Malitis non est indulgendum.* Yo, en cuanto a mí, me siento inclinado a creer que no se descubrirá la medida justa y verdadera de los derechos individuales más que penetrando su objeto económico y social y comparando su importancia con la de los intereses que ellos contrarían. Sea como quiera, además, me es suficiente observar aquí que esta cuestión capital del abuso del derecho sobre la cual nuestra legislación escrita guarda un silencio casi absoluto, exige del intérprete, para ser juiciosamente resuelta, una compensación de consideraciones morales, políticas, sociales y económicas que se encuentran comprometidas en el conflicto de los intereses opuestos.

Diré aquí todo mi pensamiento: yo estoy convencido de que el progreso jurídico se producirá más amplio y más seguro por un método de investigación sincera, que reconociendo abiertamente las lagunas de la ley escrita, procurando remediarlas por medio de procedimientos científicos independientes, penetrando con toda franqueza en la naturaleza de las cosas objetivas y tendiendo singularmente a producir el equilibrio de los intereses, más bien que por el extraviado camino de una interpretación forzada de los textos legales, lo descaminado del cual no está solamente en desconocer la naturaleza de la ley escrita y las reglas propias de la apreciación de su valor, sino que además no puede hacer otra cosa que falsear las ideas y conducir a conclusiones incompletas. (Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo, 2ª edición, Madrid, 1925).

3.—*Elementos que intervienen para constituir el abuso del derecho.*—En el abuso de los derechos partimos de la existencia de un derecho, del ejercicio del mismo y de la comisión de un daño por ese hecho, pero suponemos que hay un abuso en el ejercicio, de aquí que en un principio se haya hablado del uso abusivo de los derechos. Esta terminología que comenzó a ganar terreno fue después criticada. Planiol considera que es contradictorio hablar del uso abusivo de los derechos, porque distingue lógicamente dos situaciones: si hay uso, no puede haber abuso; y si hay abuso, no puede haber uso. De manera que el titular de un derecho o lo usa o abusa de él, pero no puede en el uso

abusar del derecho. Dice Planiol que el campo que delimita el ejercicio de un derecho debe estar precisado en cada caso. Esto dependerá de la naturaleza misma del derecho por ejercitar; por ejemplo, la propiedad tiene desde la época romana un gran radio de acción, se le consideró derecho absoluto no sólo en el sentido de *erga omnes,* sino como derecho no limitado; pero en el propio derecho romano la propiedad sufrió limitaciones muy numerosas y en el actual, aunque disfruta de este atributo, han aumentado constantemente las restricciones a la propiedad con las modalidades a la misma. Por consiguiente, dependerá de cada derecho el definir su ámbito.

Ahora bien, ¿bastará para poder definir la existencia de un abuso y, por lo tanto, de un hecho ilícito, partir del simple ámbito que resulta del ordenamiento jurídico, fijando los alcances del derecho? ¿O es necesario recurrir a un dato subjetivo, a mala fe, la intención de dañar, el propósito de ejercitar inútilmente el derecho sólo con el afán de perjudicar a tercero? En este sentido está planteado el debate entre los civilistas. Para algunos, basta extralimitarse en el ejercicio del derecho, cualquiera que sea la intención del titular; desde el momento en que se pasan los límites objetivos que determinan las reglas jurídicas, aun cuando sea de buena fe, aun cuando no exista el propósito de dañar, aun cuando haya un interés lícito en el ejercicio del derecho, si se causa daño, se debe reparar éste, porque el titular sólo puede ejercitar el derecho dentro de los límites que marca la ley. Bonnecase objetó esta tesis de Planiol, simplemente objetivista, afirmando que en el abuso de los derechos, debe haber además un dato subjetivo: la intención de dañar y un dato objetivo, que hizo consistir en el ejercicio inútil del derecho; no acepta el criterio de fijar límites al campo de ejercicio de los derechos, porque dentro del propio ordenamiento no es posible determinar tal cosa; por ejemplo, el propietario en ejercicio de su derecho de propiedad está actuando dentro de su predio, está usando su predio, hace una excavación, una construcción, no se trata de que se extralimite saliendo del predio para pasar al del vecino, pues aquí sí habría la intención de violar un derecho ajeno. ¿Cómo, entonces, dice Bonnecase, podemos afirmar que el titular traspasó los límites del derecho, como dice Planiol? Si está actuando dentro de su propio predio, ejercitando su derecho de propiedad, y así podríamos seguir ejemplificando. No es por consiguiente a través de un límite fijado en el ordenamiento jurídico, como vamos a saber si hay un abuso del derecho, el dato objetivo debe buscarse en el resultado. Si el derecho se ejercita inútilmente, debe considerarse que hay un ejercicio anormal; el derecho autoriza el ejer-

cicio de las distintas facultades, para utilidad de su titular y esto, por lo menos, es indiscutible en los derechos patrimoniales, en los que, como explicó Ihering, hay un interés jurídicamente protegido. No tiene sentido un derecho que se ejercite de manera inútil. Se realizan ciertas actividades precisamente porque son beneficiosas al titular; luego entonces, si se está ejercitando un derecho de manera inútil a sabiendas de que no se podrá obtener un resultado, tenemos un dato objetivo que nos demuestra que se han traspasado los límites del ejercicio normal. Pero, además, dice Bonnecase que debe haber un elemento subjetivo, el propósito de causar daño. Puede haber el ejercicio inútil, sin el propósito de causar daño, caso en el cual no debe haber indemnización; o puede haber el propósito de causar daño, pero en el ejercicio útil de un derecho; tampoco en esta hipótesis deberá repararse el daño causado. Por ejemplo, si por abrir un pozo en mi propiedad, seco el pozo vecino, para aprovechar el agua que necesito, aun cuando procedo con intención de secar el pozo ajeno, el ejercicio de mi propiedad no es inútil, porque necesito agua, aun cuando el resultado sea perjudicial para el predio vecino. Pero si tengo agua en abundancia y simplemente deseo ejercitar inútilmente mi derecho, y, además, deseo perjudicar al vecino, se cumplen los requisitos fundamentales para que exista el abuso del derecho. Puede darse el caso de que ejercite inútilmente mi derecho, pero sin el ánimo de perjudicar, en este caso el titular sufre las consecuencias de un ejercicio inútil y no debe reparar el daño causado, en virtud de que no tuvo el propósito de dañar.

Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, traduc. de Cajica Jr., Puebla, t. II, págs. 328 a 331.

El artículo 1912 acepta en sus términos la doctrina de Bonnecase. Dice así dicho precepto: *"Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizar si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho"*. De manera que comprende, primero, el ejercicio con dolo, "si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño", y que el ejercicio fue inútil. En el artículo 840 se aplica esta regla en parte a la propiedad: *"No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicio a un tercero, sin utilidad para el propietario"*. Podemos decir que la norma general para el ejercicio de todo derecho, está consagrada por el artículo 1912, comprendiendo los derechos principalmente patrimoniales y la

norma especial se estatuye en el artículo 840, para el abuso de la propiedad. En este artículo se exige el elemento objetivo: "que la propiedad se ejercite sin otro resultado que causar perjuicio a un tercero", pero el elemento subjetivo de la mala fe, del dolo, no está claramente indicado. En el precepto se sobrentiende, al indicarnos que el ejercicio no dé otro resultado que perjudicar a tercero, pero no dice de manera expresa que se lleve a cabo con el propósito de dañarlo; es decir, puede no haber intención de perjudicar, pero por las circunstancias en que se ejercitó el derecho se puede concluir que necesariamente se iba a perjudicar, y entonces faltaría este elemento subjetivo; sin embargo, se sanciona el caso por el artículo 840 para que exista la reparación del daño. Cuando no se trate de la propiedad, si habrá que demostrar siempre como elemento de la acción, la intención de dañar.

León Duguit nos indica que no puede haber uso abusivo de derechos, ni ejercicio ilícito; pues los derechos se ejercitan para lograr la solidaridad social. El mencionado jurista francés deriva dos obligaciones fundamentales del principio de solidaridad social: a).—Tanto los gobernantes como los gobernados tienen el deber de ejecutar todos aquellos actos que sean necesarios para intensificar la interdependencia humana y hacerla cada vez menos imperfecta; b).—Asimismo, están obligados a abstenerse de ejecutar todos los actos que en algún sentido lesionen la solidaridad social.

Aplicando los dos principios que se desprenden lógicamente de las obligaciones que impone la solidaridad social, al problema relacionado con el abuso de los derechos, Duguit sostiene que como todo derecho debe ejercitarse en términos tales que intensifique la interdependencia humana, absteniéndose su titular de ejecutar los actos que pudieran lesionarla, no puede darse el caso de que a la vez haya un ejercicio y que éste sea abusivo del derecho, pues sería contrario a la solidaridad social. Es decir, los derechos sólo pueden ejercitarse en la medida que cumplen funciones sociales. De esta suerte, cuando so pretexto de ejercitar un derecho se causa daño a otro, quiere decir que se ha hecho un mal uso de la facultad jurídica, traicionando el fin social para el cual fue creada. Por lo tanto, el abuso del derecho siempre tendrá que ser contrario a la solidaridad social, pues violaría la obligación fundamental que existe a cargo de los gobernantes y de los gobernados, en su aspecto positivo y negativo a la vez, consistente en ejercitar los derechos de manera que se traduzcan directa o indirectamente en un beneficio social, absteniéndose, en consecuencia, de todo empleo de los mismos que cause daño a tercero. Además, el ejercicio abusivo de los de-

rechos entraña en sí mismo una idea contradictoria, pues el verdadero acto de ejercicio de un derecho, implica una forma de cooperación social; en cambio, el abuso del mismo derecho sería un acto contrario a la solidaridad social. En consecuencia, no puede el mismo acto constituir a la vez un uso y un abuso del derecho.

"Ante todo, el propietario tiene el deber y el poder de emplear la riqueza que posee en la satisfacción de sus necesidades individuales. Pero, bien entendido, que no se trata más que de los actos que corresponden al ejercicio de la libertad individual, tal como anteriormente la he definido, es decir, al libre desenvolvimiento de la actividad individual. Los actos realizados en vista de este fin serán protegidos. Aquellos que no tienen este fin, y que, por otra parte, no persiguen un fin de utilidad colectiva, serán contrarios a la ley de la propiedad y podrán dar lugar a una represión o a una reparación.

Así resultan muy fácil y muy lógicamente explicadas todas las decisiones que reconocen y sancionan la imposibilidad para el propietario de realizar en la cosa que posee acto alguno que no signifique alguna utilidad. Y he ahí esas decisiones explicadas sin recurrir a las teorías contradictorias e inexplicables del abuso del derecho, de la limitación del derecho de propiedad, fundadas en la distinción imposible del uso normal y anormal del derecho de propiedad.

Si puedo legalmente construir una casa de alquiler en mi terreno, aun cuando cause grave perjuicio a mi vecino, es que en tal caso empleo la cosa en mi interés, es verdad, pero al mismo tiempo en vista de un fin de interdependencia social. Realizo el trabajo social que mi posesión de ese terreno me permite cumplir; aseguro la satisfacción de necesidades sociales. Pero como la jurisprudencia ha decidido con razón, no puedo legalmente construir una pantalla sobre mi terreno, una falsa chimenea sobre el tejado de mi casa, o hacer sin motivo excavaciones en mi jardín, porque con eso hago cosas que no me son de utilidad ninguna y que de ninguna manera sirven a la interdependencia social". (León Duguit, Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón, traduc. de Carlos G. Posada, Madrid, 1912, 1912, págs. 158 y 159).

4.—*Estudio de Josserand sobre el abuso del derecho.*—Indiscutiblemente corresponde a dicho autor el mérito de haber escrito la monografía más amplia y mejor documentada sobre las distintas manifestaciones del abuso de los diversos derechos subjetivos. En efecto, toda su obra denominada "El Espíritu de los Derechos y su Relatividad" (traduc. de José M. Cajica Jr., México, 1946), está consagrada a tratar los innumerables problemas que se suscitan en torno al abuso de los derechos.

Conviene por vía de introducción referirnos a la distinción que hace Josserand entre actos ilegales, culpables y excesivos. Los primeros son aquellos que se ejecutan violando la ley; los actos culpables se realizan dentro de los términos de la norma jurídica, pero contrariando su espíritu y finalidades; se incluyen aquí especialmente los actos abu-

sivos. Por último, los actos excesivos también se realizan dentro de los límites objetivos de la ley, pero originan daños a tercero por virtud de ciertos riesgos que sería injusto arrojar íntegramente sobre el perjudicado. Josserand aplica la distinción mencionada al derecho de propiedad y a la realización de los procedimientos judiciales, especialmente en el uso de los recursos, de los incidentes, y de otros actos procesales.

5.—*El abuso del derecho y la responsabilidad civil.*—Distingue Josserand tres sistemas de responsabilidad civil en relación con la división tripartita de actos ilegales, ilícitos y excesivos. Es decir, habrá lugar a la responsabilidad civil cuando se ejecuten actos contrarios a la ley que causen daños y perjuicios (actos ilegales); cuando sin infringir una norma jurídica, se ejercita un derecho, pero con un fin doloso, es decir, con el propósito de causar un mal a un tercero (actos ilícitos o abusivos) y, finalmente, cuando se causan daños por el ejercicio de una actividad que implica un riesgo para los demás, aun cuando se proceda lícitamente (actos excesivos).

6.—*Movimiento favorable a la teoría del abuso del derecho.*—Explica Josserand que si se penetra en el verdadero espíritu de las legislaciones antiguas, podrá comprobarse que es general la tendencia a prohibir el mal uso de los derechos, conforme va evolucionando un determinado derecho positivo. Tal cosa ocurrió en el seno mismo del derecho romano, si se compara su forma primitiva con la época clásica, o con la consagración que recibe en la codificación de Justiniano, según hemos explicado al principio de este capítulo. La constante y benéfica intervención de los pretores al introducir los principios de equidad y de buena fe en las rígidas instituciones del *jus civile*, humanizando las soluciones estrictas de los textos romanos, constituye una prueba de lo que afirma Josserand respecto a la evolución de los sistemas jurídicos, pues en tanto que es fácil que se abuse de los derecho cuando se aplican literalmente los textos legales, sin admitir ninguna interpretación de los mismos de acuerdo con la buena fe y la equidad, es difícil, en cambio, que puedan presentarse esas situaciones extremas e injustas, cuando los rigores del ejercicio inflexible de los derechos ha quedado suavizado gracias a los sentimientos de justicia y a la influencia bienhechora de la equidad.

7.—*El derecho comparado y la jurisprudencia proporcionan también argumentos favorables a la tesis que prohibe el abuso de los dere-*

chos.—Los códigos civiles de Alemania, de Austria, de Suiza, de Rusia, y nuestro Código Civil vigente, han consagrado a través de textos legales la prohibición relativa al abuso de los derechos. Dice por ejemplo el artículo 226 del Código Civil alemán: *"El ejercicio de un derecho no es permitido, cuando no puede tener otro fin que causar daño a otro"*. En forma más precisa disponen los artículos 1912 y 840 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, al estatuir: *"Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizar si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho"*. *"No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario"*.

El artículo 2o. del Código Civil suizo de 1907 contiene también un principio general concebido en los siguientes términos: *"Toda persona está obligada a ejercitar sus derechos y a cumplir sus obligaciones, según las reglas de la buena fe. La ley no protege el abuso manifiesto de los derechos"*. Por último, el artículo 1o. del Código Civil ruso aprobado el 31 de octubre de 1922, contiene el siguiente principio: *"Los derechos civiles gozarán de la protección de la ley fuera de los casos en que se ejerzan en contradicción con su finalidad económicosocial"*.

En el estudio que hace Josserand de las legislaciones antes mencionadas, distingue dos grupos: las de *criterio funcional* representado por los códigos de Suiza y de Rusia y las de *criterio intencional,* constituido por los códigos de Alemania y de Austria.

8.—*Legislaciones de criterio intencional.*—En este grupo incluye Josserand al Código Civil alemán y austríaco de 1811, reformado en 1916. Comenta principalmente los artículos 138, 226 y 826 del primero de los códigos nombrados. Es importante hacer notar que el abuso de los derechos en materia contractual se sanciona enérgicamente por el artículo 138 del Código alemán, al prohibir la usura y en general la lesión en los contratos, considerando que estos son ilícitos y contrarios a las buenas costumbres, cuando se rompa la equivalencia entre la prestación y la contraprestación. Dice así el mencionado precepto: *"Un acto jurídico que ataca a las buenas costumbres, es nulo. Es nulo, en particular, un acto jurídico por el cual alguno, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, obtiene para él o para un tercero, que en cambio de una prestación, se prometan o se suministren ventajas patrimoniales que excedan del valor de la prestación de tal suerte que,*

teniendo en cuenta las circunstancias, estas ventajas estén en desproporción chocante con relación a la prestación".

El principio que prohibe la lesión en los contratos, también constituye un límite al abuso de los derechos en la celebración o vigencia de dichos actos jurídicos, permitiendo obtener la nulidad de los mismos si un contratante pretendiere aprovecharse de las estipulaciones que en una forma excesiva se hubieren pactado en su favor. También brinda al juez una posibilidad para moderar las consecuencias que sean contrarias a la buena fe y a la equidad en aquellos contratos que sin implicar propiamente una lesión, darían lugar a un abuso por parte de uno de los contratantes en el caso de que pretendiese hacer efectivas en forma literal determinadas estipulaciones demasiado rígidas.

Josserand relaciona el artículo 138 con el principio general contenido en el artículo 226 del Código alemán, ya antes transcrito, en donde se prohibe el ejercicio de los derechos cuando su único fin sea causar un daño a tercero. Asimismo estima que el artículo 826 que sanciona los hechos dolosos que causen daño, debe completar el alcance de los dos preceptos antes mencionados.

9.—*Legislaciones de tipo funcional.*—A diferencia de los códigos alemán y austríaco en los que el abuso de los derechos se determina atendiendo a la dañada intención de su titular, quien al ejercitarlos se propone causar un daño, los códigos suizo y soviético toman en cuenta la función o destino que debe realizar las facultades jurídicas de acuerdo con los fines del derecho objetivo. En tanto que el artículo 2o. del Código Civil suizo obliga a ejercitar los derechos y a cumplir las obligaciones de acuerdo con las reglas de la buena fe, prohibiendo en consecuencia el abuso manifiesto de las facultades jurídicas, el artículo 1o. del Código Civil ruso, en forma más evidente y clara, consagra el principio de la finalidad económicosocial en el ejercicio de los derechos civiles, sujetándose la tutela jurídica o protección de la ley a la condición de que ese ejercicio no vaya en contra de las finalidades sociales y económicas perseguidas por la legislación soviética y categóricamente expuestas en su ley fundamental o Constitución de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, artículos 1o. a 6o. y 9o. a 11.

10.—*Legislaciones de tipo individualista.*—Las legislaciones de tipo individualista, como fueron hasta antes de la guerra de 1914-1918, Inglaterra y los Estados Unidos, rechazaron la tesis que impone límites al abuso de los derechos, pues reconocieron que éstos pueden ejercitarse

libremente, sin que se haga responsable al que cause daños en el uso de sus facultades jurídicas. De esta suerte, no debe atenderse para definir el alcance de los derechos a determinados fines sociales, al resultado útil o inútil de las facultades jurídicas o, finalmente, a la intención de su titular, sino que en todo caso deberá aceptarse el viejo principio romano: *el que usa de su derecho a nadie perjudica.* La lucha por la vida obliga a convertir los derechos subjetivos en verdaderas armas que será lícito emplear en todo su alcance.

TERCERA PARTE

SUPUESTOS Y CONSECUENCIAS DEL CUMPLIMIENTO Y DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

TITULO I

SUPUESTOS Y CONSECUENCIAS RELATIVOS AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

CAPITULO I

DEL PAGO

1.—*Definición del pago.—El pago es un acto jurídico consen-*sual consistente en el cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, que se ejecuta con la intención de extinguir una deuda preexistente. El artículo 2062 del Código Civil vigente dice así: "Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido".

"El pago es el cumplimiento efectivo de la obligación, la prestación de la cosa o del hecho debido. Pagar, en lenguaje jurídico, no es solamente entregar una suma; sino también cumplir las obligaciones cualquiera que sea su objeto.

El pago es el modo normal de extinguir las obligaciones; éstas fueron creadas para extinguirse mediante el pago".

"Puede advertirse que si actualmente la palabra francesa que designa el cumplimiento de las obligaciones tiene un sentido muy estricto, no era sí en su origen. Payer (pagar) se deriva de pacare, aplacar, y antiguamente significaba satisfacer al acreedor en forma tal que cesara toda reclamación de su parte. Antiguamente la palabra "payer" (pagar) se empleaba frecuentemente en el sentido general del apaiser (aplacar, apaciguar). (Véanse los ejemplos que dan Littré et

Godefroy). En latín las palabras solvere y solutio tenían un sentido más amplio, puesto que se aplicaban a todo hecho que libera al deudor, hubiera o no recibido satisfacción el acreedor". (Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Obligaciones, traduc. de José M. Cajica Jr., México, 1945, pág. 272).

2.—*Naturaleza jurídica del pago.*—Se ha discutido extensamente en la doctrina si el pago es un contrato, un acto jurídico unilateral o bien, si se pueden presentar ambos caracteres, según las condiciones en que se haga.

En nuestro concepto, no es de la esencia del pago el constituir un convenio, pues puede existir sin el consentimiento del acreedor, de tal manera que se vea obligado a recibirlo del deudor, cuando se reúnan todos los requisitos de exactitud en cuanto al tiempo, modo, lugar y sustancia, o de un tercero que obre con interés jurídico en los distintos casos del pago con subrogación a que se refiere el artículo 2058, que en su oportunidad estudiaremos. Es verdad que normalmente el pago implica un acuerdo entre quien lo hace y quien lo recibe, caso en el cual presenta las características de un acto jurídico bilateral por virtud del concurso de voluntades, que en nuestro derecho, según el artículo 1792, constituye un convenio.

"Mattirolo, Lessona, Chironi y Abello, Giorgi, Solazzi, Kelin, Baudry Lacantinerie y Barde, Colmo y Colin y Capitant, sostienen que el pago es una convención extintiva de obligación, porque se condiciona en su eficacia al acuerdo de voluntades de las partes: del que cumple la prestación y del que la recibe o acepta.

Niegan al pago este carácter, Martorana, Musatti, Piola-Caselli, Lafaille y Galli, cada uno por distintas razones". (Luis de Gásperi, Tratado de las Obligaciones, en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino, v. III, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, págs. 15 a 17).

3.—*Requisitos del pago.*—En el pago, como en cualquier acto jurídico, deben distinguirse: a).—Sus elementos esenciales. b).—Sus elementos de validez, y c).—Sus elementos específicos.

a).—*Son elementos esenciales del pago*: la manifestación de voluntad de quien lo hace y el objeto física y jurídicamente posible de la prestación que se paga, que puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer.

Faltando los elementos esenciales del pago, éste sería jurídicamente inexistente, en los términos del artículo 2224 del Código Civil vigente, por falta de voluntad o de objeto que pudiera ser materia de dicho acto jurídico. En consecuencia, no sería susceptible de valer por

confirmación, ni por prescripción y, además, todo interesado podría invocar su inexistencia.

b).—*Son elementos de validez del pago*: la capacidad de las partes, la ausencia de vicios en la voluntad de las mismas y la licitud de la prestación o de la abstención que se realice.

Respecto a la capacidad, por ahora sólo diremos que tanto el que paga como el que recibe, deben tener capacidad de ejercicio en general, requiriéndose además en el solvens la capacidad especial para enajenar cuando se trata de la transmisión de cosas. En las obligaciones de hacer y de no hacer, basta tener la capacidad general para obligarse.

Indicamos también que son elementos de validez en el pago, tanto la ausencia de vicios de la voluntad, cuanto la licitud en la prestación o la abstención que en cada caso se realice. Sobre estos particulares, sólo nos remitiremos a las reglas generales consagradas en los artículos 1812 a 1823 para los vicios del consentimiento y 1824, 1830 y 1831 para la licitud de la prestación o de la abstención, pues siendo el pago un acto jurídico, de acuerdo con el artículo 1859, le serán aplicables las disposiciones legales relativas a los contratos, en lo que no se opongan a la naturaleza especial del pago mismo o a las disposiciones específicas contenidas en los artículos 2011 a 2028 y 2062 a 2103, que respectivamente se refieren a las obligaciones de dar, hacer y no hacer y al pago o cumplimiento de las mismas.

Para el caso especial del pago ejecutado por error, los artículos 1883 a 1893 regulan, en el capítulo del enriquecimiento ilegítimo, la especie más importante que es precisamente el pago de lo indebido, cuyo estudio ya hicimos al tratar de dicha fuente en las págs. 270 a 274 del tomo V de esta obra.

Relativamente a la ilicitud en el pago, el artículo 1895 del Código vigente estatuye: "Lo que se hubiere entregado para la realización de un fin que sea ilícito o contrario a las buenas costumbres, no quedará en poder del que lo recibió. El cincuenta por ciento se destinará a la Beneficencia Pública y el otro cincuenta por ciento tiene derecho de recuperarlo el que lo entregó".

El elemento de validez relativo a la formalidad de los contratos y actos jurídicos en general, que regulan los artículos 1795 fracción IV, 1796, 1832 a 1834 y 2228, 2231 y 2232 del Código Civil vigente, no se exige en el capítulo especial del pago, para este acto jurídico, por lo que debe considerarse que *el pago es un acto jurídico consensual* para cuya validez no se requiere la observancia de determinadas formalidades. En consecuencia, el recibo o la constancia por escrito

que acreditan un pago y que es costumbre exigir al acreedor, sólo constituyen una *formalidad ad probationem y no de validez* en el pago mismo. Por la misma razón, el pago podrá acreditarse mediante todos los medios de prueba que el derecho autoriza. Los artículo 2089 a 2091 establecen presunciones legales en cuanto al pago, que lógicamente deben amitir prueba en contrario al estatuir respectivamente que: "Cúando la deuda es de pensiones que deben satisfacerse en períodos determinados, y se acredita por escrito el pago de la última, se presumen pagadas las anteriores, salvo prueba en contrario". "Cuando se paga el capital sin hacerse reserva de réditos, se presume que éstos están pagados". "La entrega del título hecho al deudor hace presumir el pago de la deuda constante en aquél".

La dación en pago, cuando versa sobre bienes inmuebles, sí debe observar la forma de la venta, es decir, constar en documento privado si su valor no pasa de quinientos pesos y en escritura pública, si excede de esa cantidad.

c).—*Son elementos específicos del pago los siguientes*: a') La existencia de una deuda; b') el animus solvendi; c') la intervención de un solvens, y d') la existencia de un accipiens.

a').—*Existencia de una deuda.* Aun cuando nuestro Código Civil no reproduce el artículo 784 del Códipo Napoleón conforme al cual: "Todo pago supone una deuda", es evidente que el principio es axiomático y se desprende de la misma definición del pago contenida en el artículo 2062 al decir: "Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido". Lógicamente, para que haya pago debe haber una cosa, cantidad o servicio adeudados y, en consecuencia, "todo pago, supone una deuda". Por la misma razón, el artículo 1883 consagra la aplicación a contrario sensu del principio francés, al estatuir que: "cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla". En este caso la devolución de lo entregado es consecuencia lógica y jurídica de la inexistencia de la deuda.

b').—*Animus solvendi.* La intención de hacer un pago con el propósito de extinguir la deuda es también un elemento relacionado con la manifestación de voluntad que es esencial en todo acto jurídico. Por esto, cuando se padece un error de hecho o de derecho, bien sea en cuanto a la existencia de aquélla, o respecto de la persona del acreedor o del deudor, se tiene derecho a exigir la restitución de lo pagado.

c').—*Intervención de un solvens.* El pago puede ser ejecutado por el deudor o por un tercero, de aquí la necesidad de emplear el término genérico *solvens* para comprender a todos los sujetos que jurídicamente pueden hacer un pago.

d').—*Existencia de un accipiens.* Aun cuando normalmente el pago debe hacerse al acreedor o a su representante legítimo (art. 2073), puede efectuarse con un tercero si así se hubiere estipulado o consentido por aquél (art. 2074), o bien, cuando se convierta en útil para el mismo pretensor o derechohabiente (art. 2075) o, finalmente, cuando se realice de buena fe con el que estuviere en posesión del crédito (art. 2076).

4.—*El principio de exactitud en el pago.*—El pago debe ser exacto en cuanto al tiempo, lugar, modo y substancia, según explica a continuación.

5.—*Exactitud en el tiempo.*—Este principio significa cumplir la obligación en el plazo convenido, o a falta de plazo, en el legal que ordena el Código para las obligaciones de dar o de hacer. Al efecto, estatuye el artículo 2080 del Código Civil vigente "*Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación*".

A. Von Tuhr, Tratado de las Obligaciones, t. II, págs. 39 a 43.

6.—*Exactitud en el lugar.*—La exactitud en cuanto al lugar, significa cumplir la obligación en el sitio fijado en un acto jurídico o en un contrato, o a falta de estipulación, en la forma que determine el Código Civil. En este sentido el Código estatuye diferentes reglas, según que se trate de prestaciones referentes a inmuebles o a muebles. Tratándose de las primeras, si las partes no indican el lugar en que la obligación deba cumplirse, ésta se realizará en el de ubicación de la cosa; en cuanto a las cosas muebles, existen tres fueros: el domicilio del deudor, la ubicación de la cosa y el lugar de celebración del contrato. Se fija como regla principal la del domicilio del deudor, que su-

fre una excepción, cuando las partes expresamente determinan en qué lugar se hará el cumplimiento de la prestación.

Dicha regla tiene un interés procesal constante, porque nos permite determinar la competencia del juez para demandar en los casos de incumplimiento. Dice el Art. 2082 del Código Civil vigente: *"Por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieren otra cosa, o que de lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley. Si se han designado varios lugares para hacer el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos"*. El artículo 2083 dice: *"Si el pago consiste en la tradición de un inmueble o en prestaciones relativas al inmueble, deberá hacerse en el lugar donde éste se encuentre"*.

A. Von Tuhr, ob. cit., t. II, págs. 34 y 35.

7.—*Exactitud en la substancia.*—Por lo que se refiere al principio de exactitud en la substancia, estatuye el Código Civil que el deudor debe pagar entregando exactamente la cosa prometida, o realizando el hecho materia de la obligación. Cuando la cosa se determina individualmente, no existe problema; pero cuando se designa en forma genérica, fijando simplemente su cantidad y la especie a que pertenezca, el derecho tiene que resolver esta cuestión en una forma de equidad, considerando que debe entregarse una cosa de mediana calidad.

Los preceptos que rigen la exactitud en la substancia ,son respectivamente los artículos 2012, 2013 y 2016 del Código Civil vigente, que respectivamente estatuyen:

Art. 2012: "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra aun cuando sea de mayor valor".

Art. 2013: "La obligación de dar cosa cierta comprende también la de entregar sus accesorios; salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso".

Art. 2016: "En el caso del artículo que precede, (especies indeterminadas), si no se designa la calidad de la cosa, el deudor cumple entregando una de mediana calidad".

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 279 y 280.

8.—*Derogación del principio de exactitud en las deudas en dinero.*—A propósito del principio de exactitud en la substancia, para las obligaciones en dinero, encontramos una derogación fundamental: toda obligación en dinero debería cumplirse, para respetar este principio, en-

tregando la misma especie convenida. Sin embargo, desde la Ley Monetaria de 1905 se deroga este principio para las prestaciones en dinero, y se permite que no se entregue la misma especie convenida, sino la cantidad de moneda corriente con su valor nominal.

Todavía los Códigos civiles de 1870 y 1884, respetaron este principio de exactitud en la substancia, porque en esos ordenamientos las prestaciones en dinero deberían cubrirse entregando la misma especie convenida, o si ésta ya no existía en el mercado, entregando en moneda corriente la equivalente a la convenida. Se hacía entonces el cálculo, según el valor real de la moneda corriente, para entregar una cantidad exactameste equivalente a la especie pactada, que había desaparecido del mercado.

Desde el año 1905 se deroga este principio ,y la Ley Monetaria de esa fecha, permite que las obligaciones en dinero se solventen entregando la moneda corriente, por su valor nominal, y no la especie convenida.

Los artículos 1453 y 2690 del Código de 1884, que reprodujeron los preceptos relativos del de 1870, disponían lo siguiente:

Artículo 1453: "Las prestaciones en dinero se harán en la especie de moneda convenida, y si esto no fuere posible, en la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor real de la moneda debida".

Artículo 2690: "Cuando el préstamo se hace en dinero y en determinada especie de moneda, el mutuatario debe pagar en la misma especie recibida, sea cual fuere el valor que ésta tenga en el momento de harerse el pago. Si no puede pagar en la misma especie, debe entregar la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor de la especie recibida".

Los preceptos relativos de la Ley de 25 de marzo de 1905, derogaron el sistema anterior, al estatuir que: "Art. 20. La obligación de pagar cualquiera suma en moneda mexicana, se solventa entregando monedas del cuño corriente por el valor que representa. Por tanto, las Oficinas Públicas de la Federación y de los Estados, así como los establecimientos, compañías y particulares, están obligados a admitir dichas monedas en pago de lo que se les deba, sin más limitaciones que las que expresa el artículo siguiente".

Artírulo 21: "Las monedas de oro de cualquier valor y las de plata de valor de un peso, tienen poder liberatorio ilimitado. En cuanto a las otras monedas de plata, a la de níquel y a las de bronce, sólo es obligatoria su admisión en un mismo pago, en cantidad no

mayor de veinte pesos para las monedas de plata, y de un peso para la de níquel y las de bronce".

Artículo 23: "Las prevenciones de los tres artículos anteriores no son renunciables. En consecuencia, toda estipulación en contrario será nula de pleno derecho, quedando derogados los artículos 1453 y 2690 del Código Civil del Distrito Federal". La Ley Monetaria vigente, con sus reformas, consagra en el artítulo 7° el mismo principio del artículo 20 de la Ley de 1905, en los siguientes términos.

"Las obligaciones de pago, de cualquier suma en moneda mexicana se denominarán invariablemente en pesos y, en su caso, sus fracciones. Dichas obligaciones se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal de billetes del Banco de México o monedas metálicas de las señaladas en el artículo 2°.

No obstante, si el deudor demuestra que recibió del acreedor monedas de las mencionadas en el artículo 2° bis, podrá solventar su obligación entregando monedas de esa misma clase conforme a la cotización de éstas para el día en que se haga el pago."

El artículo 9° agrega: "Las prevenciones de los dos artículos anteriores no son renunciables y toda estipulación en contrario será nula".

M. Borja Soriano, ob. cit., t. II, págs. 83 a 85.

9.—*Pago en moneda extranjera.*—El artículo 8° de la vigente Ley Monetaria de 25 de julio de 1931, que ha sufrido diversas reformas, dispone que: "La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la Ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago".

El primitivo artículo 8° de la mencionada Ley, fue reformado en los términos antes transcritos por Decreto publicado en el Diario Oficial de 6 de marzo de 1935, debido a que el texto originario indujo a dudas respecto al momento en que debería hacerse la conversión de la moneda extranjera a su equivalente en moneda nacional, dado que se refería a la época de exigibilidad de la obligación. Como la verdadera finalidad del mencionado artículo fue la de que los acreedores de moneda extranjera recibieran en pago una cantidad de moneda nacional que correspondiera exactamente a la suma adeudada, se aclaró la redacción primitiva en el sentido de que la conversión debería efectuarse según el tipo que rigiera en el lugar y fecha en que realmente se hiciera el pago, que es el momento que efectivamente interesa y no el de la exigibilidad legal, pues cuando el deudor no cumpliere puntualmente, el acreedor no recibía el pago y, por lo tanto, la

fecha de exigibilidad se convertía en simplemente virtual, sin que pudiese el acreedor adquirir exactamente las sumas de moneda extranjera que se le adeudaren. En cambio, tomando en cuenta el momento real del pago, sí se alcanzaba ese fin, para mantener el principio de exactitud en la substancia respecto a la propia moneda extranjera. Evidentemente también ese objeto podría lograrse, si la ley dispusiera que el pago debería ejecutarse en la misma moneda extranjera en que se contrajo la deuda, pero ello equivaldría a darle curso legal a la misma.

Debe distinguirse, para los efectos de que dicha moneda no tiene curso legal en la República, entre el contraer la deuda en tal especie, cosa que permite el mismo artículo 8º al decir: "Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República..." y el pagarlo o cumplirla, pues sólo para este efecto el precepto ordena que el pago se haga entregando el equivalente en moneda nacional.

Para los casos de cumplimiento voluntario, bien sea en forma puntual o con retardo, no hay problema, pues incluso de hecho el deudor paga en moneda extranjera y el acredor la acepta, o bien, se hace la conversión en moneda nacional sin dificultad; pero cuando es necesario demandar judicialmente el pago, el problema se presenta respecto a si la demanda debe cuantificarse en moneda nacional, o si deberá exigirse simplemente el equivalente que corresponda cuando materialmente se haga el pago. En nuestro concepto, no hay duda de que esta última debe ser la forma correcta, pues según la ley, la conversión se hará hasta el día del pago y no antes, como necesariamente tendría que ser si la demanda se formulare en moneda nacional. Por la misma razón, la sentencia debe condenar al equivalente citado, haciéndose la conversión hasta el día que efecticamente se haga el pago.

10.—*Exactitud en el modo.*—El principio de exactitud en el modo está reconocido por el artículo 2078, conforme al cual: "El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de ley. Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda". En el capítulo relativo a la compensación, el artículo 2189 define lo que debe entenderse por deuda líquida en los siguientes términos: "Se llama deuda líquida aquella cuya cuantía se haya determinado o puede determinarse dentro

del plazo de nueve días". Estimamos que dicho concepto es aplicable también al principio de indivisibilidad en el pago a que se refiere el citado artículo 2078.

La exactitud en cuanto al modo significa precisamente que aun cuando la prestación sea divisible por su naturaleza, el acreedor no estará obligado a recibir pagos parciales. El artículo 2003 dice así: "Las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Son indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero". Ahora bien, aun cuando la obligación sea susceptible de ser cumplida parcialmente, el acreedor no está obligado a admitir pagos parciales. En consecuencia, el principio de indivisibilidad de los pagos se aplica tanto a las obligaciones divisibles, cuanto a las indivisibles que se definen en el artículo 2003.

El pago podrá dividirse por virtud de un convenio expreso, celebrado al contraerse la deuda o con posterioridad; por la conformidad del acreedor, sin necesidad de convenio previo, o por disposición de la ley.

Un ejemplo de pago divisible lo tenemos en la venta en abonos, muy frecuente en nuestros días, que regula el artículo 2310.

Planiol, ob. cit., Obligaciones, pág. 295.

Existen varios casos en los cuales por disposición de la ley (artículos 1985, 1993, 1998, 1999) se tiene que dividir la deuda, de tal manera que el acreedor se ve obligado a recibir pagos parciales, no obstante que la obligación se contrajo para ser cumplida en un solo pago.

A. Von Tuhr, ob. cit., t. II, pág. 15.

11.—*Pago de cosa ajena.*—Además de la regla especial del artículo 2087 que declara nulo el pago de cosa ajena, procede aplicar al caso por analogía los artículos 2269 a 2271, que se refieren a la venta de cosa ajena. En consecuencia, adaptando tales preceptos a la hipótesis que estudiamos, debe decirse: "Ninguno puede dar en pago sino lo que es de su propiedad". "El pago de cosa ajena es nulo y el que lo hace es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe; debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe". "El pago quedará revalidado, si antes de que tenga lugar la evicción ad-

quiere el solvens, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa pagada".

Cuando la cosa ajena dada en pago aparezca inscrita en el Registro Público de la Propiedad a nombre del solvens, el accipiens de buena fe será protegido y, por lo tanto, el pago será válido, aun cuando después se anule o resuelva el derecho de aquél, una vez que se reconozca por sentencia ejecutoriada que no es el legítimo propietario de la cosa registrada a su favor. Aplicamos al caso los artículos 2270 y 3009, por estimar que son conducentes a la resolución del problema, dada la analogía de supuestos y de razones jurídicas, que nos autorizan a admitir, por lo tanto, una analogía en las consecuencias. En efecto, existe semejanza de supuestos, porque en ambos casos se enajena un bien que aparece a nombre del enajenante en el Registro Público de la Propiedad. También existe analogía de razones de jurídicas (ratio juris), porque en las dos hipótesis se trata de proteger a los adquirentes de buena fe que se confían en las constancias del Registro Público de la Propiedad. Por la misma causa, es menester que no aparezca ningún vicio de inscripción, ni que el acto del pago sea violatorio de una ley prohibitiva o de interés público, como dice la parte final del artículo 3009.

Manuel Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones, t. II, págs. 66 a 68.

12.—*Convalidación del pago hecho con cosa ajena.*—De acuerdo con el artículo 2271, el pago de cosa ajena quedará revalidado, si antes de que tenga lugar la evicción adquiere el solvens, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa que dio en pago.

Además de la convalidación autorizada por el medio a que alude el precepto invocado, es lógico que también pueda revalidarse el pago por una ratificación expresa que hiciere el legítimo dueño, pues ello equivaldría a una transferencia con alcance retroactivo en favor del solvens, para legitimar la disposición indebida que hizo de un bien ajeno.

Luis de Gásperi, ob. cit., t. III, págs. 22 y 23.

13.—*Nulidad del pago por retención de la deuda, decretada judicialmente.*—Dispone el artículo 2077 que: "No será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habérsele ordenado judicialmente la retención de la deuda". En relación con el embargo de

créditos a que se refiere el artículo 2077, el Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal regula el caso en el artículo 547, al estatuir que: "Cuando se aseguren créditos, el secuestro se reducirá a notificar al deudor o a quien deba pagarlos que no verifique el pago sino que retenga la cantidad o cantidades correspondientes a disposición el Juzgado, apercibido de doble pago en caso de desobediencia; y al acreedor contra quien se haya dictado el secuestro, que no disponga de esos créditos, bajo las penas que señala el Código Penal. Si llegare a asegurarse el título mismo del crédito, se nombrará un depositario que lo conserve en guarda, quien tendrá obligación de hacer todo lo necesario para que no se altere ni menoscabe el derecho que el título represente, y de intentar todas las acciones y recursos que la ley conceda para hacer efectivo el crédito, quedando sujeto además a las obligaciones que le impone el libro cuarto, segunda parte, título octavo, del Código Civil".

Para el secuestro de créditos litigiosos, el artículo 548 del mismo Código Procesal, ordena que el embargo se notificará al Juez que conozca del juicio, dándole a conocer el depositario nombrado a fin de que éste pueda sin obstáculo alguno desempeñar las obligaciones que le impone la parte final del artículo 547.

Luis de Gásperi, ob. cit. t. III, págs. 33 y 34.

14.—*Nulidad del pago ejecutado en fraude de acreedores.*—Los artículos 2172 y 2173 del Código Civil vigente, respectivamente estatuyen: "Es también anulable el pago hecho por el deudor insolvente antes del vencimiento del plazo". "Es anulable todo acto o contrato celebrado en los treinta días anteriores a la declaración judicial de la quiebra o del concurso, y que tuviere por objeto dar a un crédito ya existente una preferencia que no tiene". En relación con este problema, el artículo 2177 agrega que: "El fraude, que consiste únicamente en la preferencia indebida a favor de un acreedor, no importa la pérdida del derecho, sino la de la preferencia".

Los preceptos que anteceden nada dicen respecto del pago hecho por un deudor insolvente a un acreedor cuyo crédito ya es exigible, en una época anterior al período sospechoso de treinta días a que alude el artículo 2173, y sin dar al acreedor una preferencia indebida.

Desde luego estimamos que el caso no encaja en la regla general del artículo 2163, pues este precepto se refiere al acto dispositivo que hiciere el deudor en perjuicio de sus acreedores y, por lo tanto, no

comprende el pago o pagos que realizare en las condiciones antes mencionadas. De los preceptos que anteceden cabe desprender como consecuencia, *que es nulo el pago hecho por el deudor insolvente en fraude de otros acreedores, por ejecutarlo antes del vencimiento del plazo.*

Luis de Gásperi, ob. cit., t. III, pág. 35.

15.—*Personas que pueden pagar.*—De acuerdo con los artículos 2065 a 2068 del Código Civil vigente, el pago puede ser hecho por las siguientes personas: a) por el mismo deudor o sus representantes; b) por cualquiera que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; c) por un tercero no interesado en el pago mismo, que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor; d) por un tercero ignorándolo el deudor y, finalmente, e) por un tercero contra la voluntad del deudor.

Las consecuencias jurídicas son distintas en los casos ya mencionados. En efecto:

a).—Si el pago se hace por un representante del deudor, se aplican las reglas del mandato, especialmente las consignadas en los artículos 2577 y 2578, para el efecto de que se reembolse al mandatario lo que hubiere anticipado por virtud del pago, más los intereses a partir del día en que lo hizo, así como los perjuicios que hubiere sufrido y que no le sean imputables.

b).—Si el pago se ejecutare por un tercero interesado en el cumplimiento de la deuda, se operará una subrogación legal en los términos del artículo 2058, bien sea porque el que paga es un acreedor que lo hace cubriendo la deuda a otro acreedor preferente, bien porque sea un heredero o legatario que paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia, porque se trate de un fiador o deudor solidario, o del adquirente de un inmueble que pague un crédito hipotecario anterior a la adquisición. Todos estos casos se estudiarán cuando tratemos de la subrogación legal.

c).—Si el pago se ejecutare por un tercero no interesado que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor, de acuerdo con el artículo 2069, se aplicarán las disposiciones relativas al mandato a que ya nos hemos referido.

d).—Si el pago se ejecutare por un tercero ignorándolo el deudor, el que lo hizo sólo tendrá derecho a reclamarle, conforme al artículo 2070, la cantidad que hubiere pagado al acreedor, si éste consintió en recibir menos suma de la debida.

e).—Por último, si el pago se efectuare por un tercero contra la voluntad del deudor, el que lo hizo sólo tendrá derecho a cobrarle aquello en que le hubiere sido útil el pago. En consecuencia, si se pagase una deuda prescrita o inexistente, nada tendrá derecho a reclamar.

A Von Tuhr, ob. cit., t. II, págs. 25 y 26.

De acuerdo con el artículo 2072 del Código vigente: "El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero, pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059".

El artículo 1536 del Código anterior disponía que: "El acreedor no puede ser obligado a recibir de un tercero el pago, si en el contrato hay declaración expresa en contrario o si por aquella prestación se le irroga perjuicio".

Desde luego es evidente que, aun cuando el Código en vigor ya no reproduzca el artículo 1536 del Ordenamiento de anterior vigencia, se trata de un principio que la doctrina acepta, porque parte de la recta interpretación del contrato base de la deuda, o bien está de acuerdo con las normas que rigen el cumplimiento exacto de las obligaciones, para el efecto de que si hubo pacto expreso de que el deudor debería cumplir (cláusula que acepta el artículo 2064 del Código vigente), debe estarse a la voluntad de las partes, por existir un interés especial en el acreedor para que sólo el obligado pueda tener el derecho de satisfacer la prestación. La misma solución se impone por la naturaleza misma de las cosas, cuando únicamente el deudor puede cumplir el servicio prometido o la abstención pactada, atendiendo a que se trata de obligaciones personalísimas o de actividades que suponen conocimientos o aptitudes que aun cuando puedan ser comunes a un grupo de personas especializadas en esas materias, es de suponerse que el acreedor confió especialmente en la experiencia, destreza, fama, conocimientos, etc., del obligado. En este sentido decía el artículo 1528 del Código de 1884, igual al 2064 del vigente: "La obligación de prestar algún servicio se puede cumplir por un tercero, salvo el caso en que se hubiere establecido, por pacto expreso, que la cumpla personalmente el mismo obligado, o cuando se hubieren elegido sus conocimientos especiales o sus cualidades personales".

A. Von Tuhr, ob. cit., t. II, pág. 23.

16.—*Pago al acreedor.*—El artículo 2073 consagra el principio lógico de que el pago debe hacerse al mismo acreedor o a su repre-

sentante legítimo. En consecuencia, para que el pago pueda hacerse con efectos liberatorios a un tercero, será necesario que así se hubiere estipulado o bien, consintiere en ello el acreedor (artículo 2074). También existen casos en los que la ley expresamente acepta la validez de un pago hecho a un tercero, tal es la hipótesis del artículo 2076 para el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, como podría currir con un heredero aparente, según se dispone en general por el artículo 1343 para que las enajenaciones, actos o contratos que se celebraren con aquel que entró en posesión de una herencia y después la perdiere por incapacidad.

El artículo 2075 requiere que el pago sea hecho a un acreedor capaz para administrar sus bienes. En consecuencia, los menores emancipados o aquellos que están autorizados para ejercer el comercio de conformidad con los artículos 6º y 7º del Código* de la materia, sí pueden recibir válidamente un pago, Para las personas incapacitadas para administrar sus bienes, el pago sólo será válido en cuanto éste se hubiere convertido en su utilidad.

En nuestro derecho, como la mujer casada mayor de edad o emancipada por virtud del matrimonio, sí tiene capacidad para administrar sus bienes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 172 del Código Civil vigente, el pago que se le hiciere es plenamente válido. Para los menores emancipados, el artículo 643, en relación con los artículos 641 y 642 (derogado), les da la libre administración de sus bienes, y, por lo tanto, el pago a que a los mismos se hiciere es válido.

También la ley establece una excepción expresa al principio general de que el pago se hará al acreedor, en la segunda parte del artículo 2075, al estatuir que: "También será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor".

El caso especial de cesión de un crédito, cuando no se notifica el acto al deudor, en los términos del artículo 2036, origina el problema de la validez del pago hecho al antiguo acreedor. A este respecto el artículo 2040 dispone que: "Mientras no se haya hecho notificación al deudor, éste se libra pagando al acreedor primitivo". Por la misma razón el citado artículo 2036 estatuye que para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor y, por lo tanto, para que esté facultado a exigirle el pago, deberá notificarle la cesión en forma judicial o extrajudicial, ante notario o dos testigos. Como una conse-

* Los artículos 6o. y 7o. del Código de Comercio fueron derogados por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de enero de 1970.

cuencia de lo expuesto, el artículo 2041 a su vez declara que hecha la notificación, el deudor no se libera sino pagando al cesionario.

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 276 y 277.

El caso especial del pago hecho al que presenta el recibo del acreedor, se equipara, como es evidente, al pago que se efectuare con el propio acreedor, pues el que presenta el recibo sólo es un mensajero; pero el deudor deberá cerciorarse de la autenticidad de la firma y dentro de los medios normales posibles, de la legitimidad en la detentación del recibo, pues podría ser ostensible en ciertos casos que aquél que lo presente, por su misma declaración o por las circunstancias del caso, lo hubiere obtenido indebidamente, o se lo hubiese encontrado. En ambas hipótesis, si el deudor paga lo hace de mala fe. Probada ésta, debe hacer un doble pago, de acuerdo con el principio que dice: quien paga mal, paga dos veces.

A. Von Tuhr, ob. cit., t. II, pág. 17.

17.—*Pago de buena fe por el deudor al poseedor del crédito.*— Ya hemos dicho que conforme al artículo 2076: "El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito liberará al deudor". Aun cuando el precepto no lo diga estimamos que sólo se refiere al pago hecho por el mismo obligado y no por un tercero, pues si éste lo hiciere aún de buena fe al simple poseedor de un crédito y no al legítimo titular del mismo, no podrá tener ni la acción de subrogación, si fuese un tercero interesado jurídicamente en pagar, ni el derecho que le da el artículo 2070 al que paga ignorándolo el deudor, para el caso de que pueda reclamar lo que hubiese entregado, ni menos aún la posibilidad de repetir, para la hipótesis de que hubiere pagado contra la voluntad del obligado, aquello en que a éste le hubiere sido útil el pago, como estatuye el artículo 2071. Para pensar lo anterior nos fundamos en que el error cometido por un tercero al pagar al que sólo es poseedor del crédito, no surtiría efectos contra el deudor quien continuaría obligado frente a su legítimo acreedor y, por lo tanto, sólo a él deberá hacer el pago. Además, de aceptar que el tercero pudiese repetir contra el deudor, resultaría que éste quedaría obligado, por la misma deuda, ante dos personas: el acreedor y el tercero que pagó:

En la hipótesis de que el pago se hiciere por un tercero al poseedor del crédito, por consentimiento expreso o presunto del deudor,

éste sí sería responsable frente a dicho tercero, pues además de serle imputable el error, de acuerdo con el artículo 2069, tendríamos que aplicar las reglas del mandato.

Surge el problema de determinar los alcances del pago hecho por un tercero al poseedor del crédito, frente al legítimo titular del mismo, pues éste puede ser responsable de que otro se ostente como verdadero poseedor del derecho. Existen casos en los que tal hecho será imputable al acreedor, por tolerar o permitir que un tercero se conduzca como el verdadero titular, ejecute actos como los relativos a la interpelación o requerimiento, cobro de intereses, etc., que hagan pasar a quien los ejecuta como el titular del derecho en pública, continua y pacífica posesión de buena fe del crédito respectivo.

"Pago al poseedor del crédito.—Definición.—El poseedor del crédito es, no quien posee el título en que consta el crédito, sino el acreedor putativo, quien ante todos pasa por ser el acreedor y que no lo es. Esta situación se encuentra realizada en la hipótesis del heredero aparente. Se llama así a la persona que, de hecho, recibe una sucesión, por ignorarse en el momento de su apertura la existencia de un heredero más próximo en grado: con posterioridad se presenta el heredero real quien vence en evicción al heredero aparente ejercitando en su contra la acción de petición de herencia. El poseedor privado de la sucesión ha sido considerado, por más o menos tiempo, como si fuera el heredero verdadero; ha tenido a su disposición los medios de obligar a los deudores del difunto a pagarle. La ley decide que estos pagos son liberatorios, con la única condición de que hayan sido hechos de buena fe (art. 1240). Debe definirse la situación de estos pagos, por lo que respecta a la restitución a que está obligado el poseedor para con el reclamante, pero este último no tiene ninguna acción contra los deudores". (Planiol, ob. cit., Obligaciones, pág. 278).

Hay otros casos, como el del heredero aparente a que alude Planiol, que no implica siempre culpa alguna del acreedor, pues se parte de la hipótesis de que ese supuesto heredero adquirió legítimamente el derecho; pero posteriormente, se descubre la incapacidad que tuvo para heredar, la existencia de un nuevo testamento que revocó al anterior, o la nulidad del primitivo, originándose así que el crédito pase al heredero legítimo, sin que éste, que resultará el verdadero acreedor, haya tenido culpa alguna en que durante algún tiempo el heredero aparente se ostentara como tal. Dice en este sentido el artículo 1343: "Si el que entró en posesión de la herencia y la pierde después por incapacidad, hubiere enajenado o gravado todo o parte de los bienes antes de ser emplazado en el juicio en que se discuta su incapacidad, (o hubiere recibido pagos, podría agregarse) y aquél con quien contrató hubiere tenido buena fe, el contrato (o el pago) subsistirá; mas el he-

redero incapaz estará obligado a indemnizar al legítimo, de todos los daños y perjuicios".

Luis de Gásperi, ob. cit., t. III, págs. 38 y 39.

Dado lo expuesto, estimamos que en el pago hecho por un tercero de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, habrá que distinguir si el acreedor es responsable de tal situación, el pago será válido, conservando el que lo hizo las acciones correspondientes contra el deudor, para dejar a salvo los derechos del legítimo titular contra el poseedor del crédito; pero si el pago se hubiese efectuado a un poseedor en la hipótesis de que el acreedor no sea responsable de tal hecho, el tercero no conservará acciones contra el deudor, sino sólo podrá repetir frente al citado poseedor, por pago de lo indebido, manteniéndose intacta la relación jurídica entre el legítimo titular y el obligado, ya que el primero no puede ser responsable de aquella situación equívoca, que no estuvo en sus manos impedir.

Debe entenderse que es poseedor del crédito el que ante todo mundo pasa por ser el verdadero acreedor. En consecuencia, para tal efecto, no basta ser poseedor del documento que ampare el derecho, pues esta simple tenencia sólo sería un dato que unido a la naturaleza del crédito, como dice Manresa, haga posible disfrutar del verdadero concepto de poseedor del derecho. Es aplicable para definir tal situación la parte final del artículo 790, conforme a la cual: "Posee un derecho el que goza de él". Este goce debe ser efectivo, conduciéndose el poseedor ante los demás como el verdadero acreedor y ejercitando los actos de tal, al interpelar, cobrar intereses, ejecutar actos conservatorios del derecho, exhibir el título que lo ampare, etc. Tratándose de documentos a la orden, no basta poseerlos, para tener la posesión del crédito, sino que será necesario su endoso. En los créditos consignados en documentos al portador, bastará que se posea el título, pues por la naturaleza especialísima del derecho, el artículo 1878 dispone que: "El deudor está obligado a pagar a cualquiera que le presente y entregue el título al portador, a menos que haya recibido orden judicial para no hacer el pago". Lo anterior es consecuencia de que la propiedad de los documentos civiles que sean al portador, se transfiere por la simple entrega del título, (artículo 1877) y, por lo tanto ya no se trata de un simple poseedor, sino de un verdadero titular. También será poseedor del crédito, aquel cuyo título después se declara nulo si el pago lo hizo el deudor ignorando la causa de nulidad.

"Pago de buena fe al poseedor del crédito.—Para la inteligencia del art. 1164, debe ante todo tenerse en cuenta que la posesión a que se refiere, es la del crédito, no la del documento que lo representa; de suerte que la mera tenencia de éste no basta por lo general, sino que ha de atenderse a la naturaleza del crédito, a las formas de su posible transmisión, a la clase de la que se haya verificado y a la relación más o menos directa que con la obligación, tal como primeramente se contrajo, tiene el poseedor del crédito de cuyo pago se trate.

Partiendo de esas bases, y de que la buena fe se presume siempre, serán obstáculos que impedirán tal presunción los que demuestren el conocimiento por el deudor de los vicios de la posesión, y aun cuando su buena fe no pueda contradecirse, no hará eficaz el pago si falta la posesión verdad, v. gr., si ha cometido la ligereza de pagar a quien sólo ostente el documento de un crédito, cuya transmisión necesita, cuando menos, el endoso u otro requisito cuya existencia no conste.

Serán casos de aplicación del art. 1164 y consiguientemente eficacia del pago: el hecho al acreedor primitivo por un deudor que no conozca la cesión del crédito ni la incapacidad sobrevenida a aquél; el que se verifique en favor de un cesionario, reconocido como tal, aunque después se declare la rescisión o nulidad de la transmisión, y el que se haga a los que, como herederos, posean la del acreedor. En estos casos, ni puede perjudicar al deudor que aquellos a quienes pague sean luego vencidos en juicio, ni a los que en éste triunfen quedará otro medio que reclamar al que cobró indebidamente". (José Ma. Manresa, Comentarios al Código Civil Español, Madrid, 1918, t. VIII, pág. 283).

CAPITULO II

Ofrecimiento de Pago y Consignación

1.—*Ofrecimiento de pago y consignación.*—El ofrecimiento de pago y consignación de la cosa o cantidad debida, ocurren cuando el acreedor se rehusa a recibir la prestación que se le adeuda o a dar el documento justificativo del pago. También procede cuando sea persona incierta, incapaz, esté ausente o sean dudosos sus derechos. El acreedor puede tener motivos fundados para rehusarse a recibir o puede hacerlo injustificadamente. Tiene motivos para negarse a recibir cuando se viola el principio de exactitud en los pagos, en cuanto al tiempo, lugar, modo o substancia

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 301 y 302.

Aparte de estos casos en que existe justificación en el acreedor para negarse a recibir, puede éste, en forma arbitraria o indebida, rehu-

sarse a aceptar un pago. Entonces el deudor tiene un procedimiento judicial para ofrecer y consignar la cosa o cantidad debida. El efecto de la consignación es liberar al deudor y extinguir la deuda. También el deudor puede tener interés jurídico en hacer el ofrecimiento y consignación, no sólo cuando un acreedor se rehusa injustificadamente a recibir, sino cuando se encuentre ausente, sea persona incierta o incapaz, se niegue a otorgar el documento justificativo del pago, o haya duda respecto de sus derechos.

En todos estos casos permite el Código Civil, así como el Procesal, que el deudor se libere de la obligación ofreciendo pagar y haciendo consignación de la cosa o cantidad debida. Toda consignación debe ser precedida de un ofrecimiento, y éste primero debe ser privado para saber si habrá una negativa del acreedor, o bien, cuando éste sea persona incierta o incapaz, esté ausente o sea dudoso su derecho, el deudor ocurrirá, en diligencias prejudiciales, bajo el Código Procesal vigente, haciendo el ofrecimiento y consignación. En el Código Procesal de 1884 se establecía la jurisdicción voluntaria para hacer el ofrecimiento seguido de la consignación. El vigente ha considerado que estos actos son prejudiciales, es decir, anteriores al juicio sumario que habrá de ventilarse si el acreedor, a pesar de la consignación rehusa recibir ante el juez.

Manresa, ob. cit., t. VIII, págs. 325 y 326.

Una vez que el deudor ha hecho el ofrecimiento en forma extrajudicial, si el acreedor se niega a recibir, ocurrirá ante el juez ofreciendo pagar y pidiéndole que lo cite para que el día y hora que se señalen, comparezca a recibir la cosa o cantidad debida, o a verla depositar, si se niega a recibirla. El juez dará entrada a esta solicitud y citará al acreedor, siendo menester, para darle entrada, que desde la misma se haga la consignación de la cosa o cantidad. No bastará que el deudor ofrezca que el día de la diligencia exhibirá la cosa o cantidad, para que el juez le de entrada a la solicitud prejudicial. En la diligencia, si el acreedor recibe, el ofrecimiento seguido de la consignación hace las veces de pago y extingue la obligación con todos sus efectos; si se rehusa a recibir, el juez debe entonces expedir un certificado, es decir, levantar una constancia de que el día y hora señalados, o no compareció el acreedor, o habiendo comparecido se negó a recibir. Con este certificado el deudor iniciará el juicio sumario en el que se va a discutir si el acreedor injustificadamente rehusó el pago, o si

tuvo razón para no recibir, porque se haya violado el principio de exactitud en el tiempo, lugar, forma o substancia.

En el juicio sumario, una vez dilucidadas las causas que tuvo el acreedor para no recibir, puede determinarse que sin motivo rehusó el pago, o bien que no procede la consignación, porque el pago no se ejecutó con los requisitos legales. En este último caso, la consignación no tiene ningún efecto, es decir, ni se extingue la obligación, ni tampoco cesan los intereses o frutos de la cosa debida, y serán a cargo del deudor los gastos relativos al juicio sumario de consignación.

2.—*Momento en que se extingue la obligación.*—Cuando el juez resuelve que el ofrecimiento y consignación estuvieron legalmente hechos y que el acreedor se rehusó sin motivo alguno a recibir el pago, determina el propio Código que la obligación se declarará extinguida, y surge entonces un problema que realmente nos importa, porque hasta ahora hemos tratado simplemente la cuestión procesal. El problema de fondo que incumbe al derecho civil, es determinar en qué momento se extingue la obligación cuando la consignación es legal, si desde que esta se hizo o hasta que se resuelva en el juicio sumario que el acreedor se rehusó injustificadamente a recibir.

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 302 y 303.

Aparentemente hay una contradicción en los artículos del Código Civil para definir ese momento: el 2097 nos dice que el ofrecimiento seguido de la consignación, hace veces de pago, si reúne todos los requisitos que para éste exige la ley; es decir, la obligación quedará extinguida desde que se hizo el ofrecimiento seguido de la consignación en el período prejudicial. Basta consignar la cosa y que después se resuelva que la consignación fue legal, para que a partir de esa fecha la obligación se declare extinguida, y esto tiene una consecuencia práctica, porque desde entonces cesan los intereses, frutos o productos de la cosa debida, y son a cargo del acreedor los gastos de la consignación.

Pero independientemente de este precepto, dispone el Art. 2102: "*Aprobada la consignación por el juez, la obligación queda extinguida con todos sus efectos*". Este precepto se refiere ya a la sentencia que se dicte en el juicio sumario, en que el juez aprueba la consignación; es decir, una época posterior al período prejudicial. Si la obligación se declara extinguida hasta que el juez dicte sentencia en el juicio sumario, y resuelve que la consignación fue legal, quiere decir entonces que los

intereses siguieron causándose durante el período prejudicial y en el transcurso del juicio sumario. En la doctrina se ha considerado que el momento de la consignación, cuando posteriormente se resuelve como legal, es el que determina la extinción de la obligación. Se trata simplemente de una sentencia declarativa la que dictará el juez en el juicio sumario, para reconocer que la consignación que se hizo en fecha muy anterior, reúne todos los requisitos legales, y que por consiguiente desde esa fecha se extinguió la obligación. Es decir, la sentencia no es constitutiva de un derecho; es declarativa, para reconocer una situación anterior. La sentencia no puede variar las normas referentes al pago; si éste es el medio normal de cumplir y extinguir la obligación, es evidente que si la consignación estuvo bien hecha, como ésta hace las veces de pago, desde entonces quedó extinguida la deuda.

El Art. 2101 dispone que la consignación no surtirá ningún efecto cuando el juez resuelva que no se hizo con los requisitos legales: *"Si el juez declara fundada la oposición del acreedor para recibir el pago, el ofrecimiento y la consignación se tienen como no hechos".*

Lafaille, Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones, v. III, págs. 339 y 340.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA

Pago, consignación del. No es requisito de la acción si para hacerlo se otorgó plazo.—Al establecerse en la cláusula séptima del contrato base de la acción, "que en caso de retraso en el pago de las toneladas de cartón entregadas, en más de quince días, La Industrial y Providencia Unidas, S. A., pagará $50.00 Cincuenta pesos más por tonelada"; la sociedad de referencia no incurrió en incumplimiento al no consignar el importe de las toneladas de cartón que demanda le entregue la vendedora, en virtud de que como se alega en el concepto de violación a estudio, aunque el artículo 2286 del Código Civil para el Distrito Federal, supletorio del de Comercio según lo previsto en el artículo 2o. de este último, dispone en su primera parte que el vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no ha pagado el precio, sin embargo, dicho numeral concluye en el sentido de que la anterior regla opera "salvo convenio en contrario", por lo que de acuerdo con lo antes expuesto es correcta la consideración que hizo la responsable, en sentido de que en el contrato de que se trata sí medió convenio en tal sentido al darle al vendedor la oportunidad de pagar, con un retraso de quince días, según la indicada cláusula séptima del contrato, y por lo mismo, el hecho de que la parte actora no haya acreditado haber hecho pago de las toneladas de cartón que reclama, no la ubica en situación de incumplimiento de su obligación de pago, por lo que la misma sí estuvo legitimada para hacer valer la acción de cumplimiento forzado prevista en el artículo 376 del Código de Comercio, pues por el contrario, el nacimiento de la obligación que tenía la compradora de pagar estaba condicionada al cumplimiento previo, por la quejosa, de la entrega de las toneladas de cartón convenidas. Es de señalarse también, que la afirmación que se sostiene, de que fue voluntad de las partes que la vendedora, hoy quejosa, debía previamente entregar las toneladas de cartón, para poder exigir su pago, encuentra apoyo

en el hecho de que, como se aprecia de los términos de la cláusula tercera del contrato, transcrita en la presente ejecutoria, el precio que la hoy tercera perjudicada debía pagar por el cartón variaba según el número de toneladas que de dicho producto le entregara la quejosa semanalmente; luego entonces, resulta claro que la obligación de pago de la compradora, la dejaron supeditada a la entrega previa del producto materia del contrato, procediendo considerar entonces, también por esto, que no puede exigírsele a la actora como elemento de procedencia de su acción, el pago previo de las toneladas de cartón cuya entrega demanda.

Amparo directo 5048/76. Celulosa, Cartón y Derivados, S. A. 6 de octubre de 1980. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Srio. Pedro Reyes C.

Pago hecho con letras de cambio, excepción de.—Si en el juicio ejecutivo mercantil, sobre pago del pagaré título de crédito, el demandado se excepciona afirmando haberlo pagado por medio de una letra de cambio y el actor, aún cuando admite haber recibido la letra, acredita que la conserva en su poder puesto que la exhibe con su demanda y consecuentemente que no le fue pagada, sí pudo hacer valer la acción causal que ejercitó, mediante la restitución de dicha letra que fue justamente la finalidad de la exhibición de ésta; pues los títulos de crédito, dados en pago, se presumen recibidos salvo buen cobro, por lo que si este buen cobro no se acredita por quien lo invoca, no puede ser absuelto.

Amparo directo 6610/1960/2ª Amadeo Molina y Gutiérrez. Abril 23 de 1962. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. Ramírez Vázquez.

3ª Sala. Sexta Epoca, Volumen LVIII, Cuarta Parte, Pág. 161.

Pago hecho por terceros, efectos del (subrogación).—Los principales efectos del pago realizado por un tercero son, en primer término, y en el concepto de que este efecto se produce siempre, el derecho de ese tercero a reclamar del deudor el reembolso de lo que él hubiese satisfecho, y en segundo lugar, pero esto sólo en los casos especialmente previstos por la ley, se produce con el pago el derecho del mismo tercero a subrogarse en el lugar y en los derechos del acreedor, con las facultades de éste, que la subrogación lleva consigo. Pero mientras que la facultad de repetir lo que por el deudor se ha satisfecho, se apoya en el solo hecho del pago, en consideración del más elemental principio de justicia, pues de lo contrario se operaría un enriquecimiento injusto; en cambio, cuando la subrogación opera, el subrogado sustituye al acreedor con todos los derechos, facultades y garantías que a éste beneficia conforme a la obligación a él cumplida. Debe aceptarse, entonces, que basta que el tercero pruebe en el juicio que realizó el pago, para que se establezca en su favor la presunción de que pagó con utilidad para el deudor. De suerte que, si en vez de utilidad para el deudor, se produjeron daños y perjuicios, debe admitirse que no es a la parte actora a quien corresponde la prueba del hecho negativo de que éstos no se causaron, sino que corresponde al deudor demandado la demostración de que se realizaron.

—No es exacto que el pago de los salarios a los trabajadores de una empresa, realizado por un tercero, por implicar una cesión de derechos en favor de quien hace el pago, deba de ser un acto nulo por contrario al artículo 96 de la Ley del Trabajo. Cierto es que, cuando con el pago opera la subrogación, ésta puede inducir a pensar en la cesión de créditos, sólo por cuanto que aquélla y ésta se aproximan. Pero hay diferencias entre una u otra: la subrogación puede ser libremente consentida por el acreedor, pero el que paga puede asimismo investirse de las acciones del acreedor, aun en contra de la voluntad de éste; en tanto que, como es sabido, la cesión de derechos no puede realizarse sin la voluntad del acreedor y en tal sentido puede decirse que es un acto esencialmente convencional; como se

decía con anterioridad, el subrogado tiene siempre la acción personal contra el deudor que deriva del pago realizado; en la subrogación no hace falta notificar al deudor; el subrogado no puede reclamar del deudor más de lo que aquél ha pagado al acreedor, etc.

Amparo directo 2655/1956. "Techo Eterno Eureka", S. A. Octubre 2 de 1957. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. García Rojas.

3ª Sala. Sexta Epoca, Volumen IV, Cuarta Parte, Pág. 150.

PAGO O CUMPLIMIENTO CARGA DE LA PRUEBA

El pago o cumplimiento de las obligaciones corresponde demostrarlo al obligado y no el incumplimiento al actor.

Amparo directo 2020/1958. Castro Osnaya.

Amparo directro 3174/1958. Jorge Sayeg K. Unanimidad de 5 votos, los dos en el Vol. XIX, Pág. 173.

Amparo directo 5381/1957. Tomás Kasuki. Unanimidad de 5 votos. Vol. XXII. Pág. 329.

Amparo directo 7100/1958. Raquel Anaya Vde. de Serrano. Mayoría de 4 votos. Vol. XXIV, Pág. 149.

Amparo directo 2118/1962. Luz García Lares, Suc. Unanimidad de 5 votos. Vol. LXVIII, Pág. 35.

JURISPRUDENCIA 242 (Sexta Epoca), Página 759, Sección Primera, Volumen 3ª Sala. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965.

TITULO II

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPITULO I

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

1.—*Acciones por el incumplimiento.*—Cuando el deudor no paga y la obligación se hace exigible por tener un plazo determinado, o bien porque se cumplan los requisitos legales para ello, se incurre en mora, que tiene en el derecho las siguientes consecuencias: 1a.—Exigir el cumplimiento exacto de la prestación no cumplida, con el pago, en su caso, de la indemnización moratoria, que comprende los daños y perjuicios que sufra el acreedor por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación. 2a.—Originar la indemnización llamada compensatoria, es decir, el pago de los daños y perjuicios que se causen al acreedor por el incumplimiento absoluto de la obligación.

Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Las Obligaciones, traduc. de José M. Cajica, Jr., México, 1945, págs. 124 y 125.

Cuando el deudor incurre en mora, da derecho al acreedor a exigirle el pago de una indemnización compensatoria, que es el equivalen-

te a los daños y perjuicios que sufrió por el incumplimiento absoluto de la obligación, o que ésta se cumpla integramente y se le pague además una indemnización moratoria por el retardo en el pago. Según la doctrina tradicional, se requería: 1°—Que el deudor incurriera en mora: 2°—Que causara daños y perjuicios a su acreedor y, 3°—Que existiera una culpa contractual.

Ennecerus, ob. cit., t. II, v. I, págs. 222 y 223.

2.—*Elementos de la responsabilidad civil.*—Nos resta precisar los elementos de la responsabilidad civil, es decir, de esta obligación especial que nace por el incumplimiento de las obligaciones y que origina la indemnización compensatoria. Tradicionalmente, como hemos dicho, se han señalado los tres elementos antes mencionados para que sea exigible la responsabilidad civil por incumplimiento de una obligación. De los mismos, en verdad el primero sólo es necesario, los otros dos no los menciona la ley. La existencia de la mora sí es la base para la responsabilidad civil: entre tanto una obligación no se hace exigible, no puede decirse que el deudor haya faltado al cumplimiento de ella; lógicamente, entonces, es necesario que la deuda se haga exigible y que no se cumpla, lo que justamente quiere decir que el deudor se encuentre en mora. Sólo incurren en retardo aquellos deudores cuyas obligaciones se hacen exigibles, si éstas no son cumplidas, a no ser que ello ocurra por caso fortuito o fuerza mayor.

En cuanto a la existencia de un daño, se trata de un elemento innecesario de enumeración, porque toda deuda supone un interés jurídico para el acreedor y, por lo tanto, su incumplimiento se traduce en la lesión de un derecho y, en consecuencia, en un daño

El tercer elemento que clásicamente se ha venido exigiendo, en realidad queda sobrentendido en la ley: todo deudor, que falta al cumplimiento, se presume que lo hace por culpa, a no ser que demuestre que ha sido por caso fortuito o fuerza mayor. Se invierte la situación en cuanto a la prueba. Es el deudor quien tiene que demostrar que por caso fortuito o fuerza mayor no pudo cumplir la prestación. De lo contrario, hay una presunción de culpa; el acreedor no tendrá que demostrar que el deudor faltó al cumplimiento de su obligación por dolo, negligencia, etc., sino que esta culpa está sobrentendida en la ley.

3.—*De la mora.*—La mora es el injusto retardo en el cumplimiento de una obligación. No todo retardo en el pago hace incurrir en mora al deudor, pues pueden existir causas justificadas para no cumplir puntualmente una deuda. Por lo tanto, se dice que el deudor incurre en mora cuando injustificadamente no cumple en forma puntual su obligación que ya se hizo exigible.

Existen en el derecho, a través de su evolución histórica, diversos sistemas para colocar en mora al deudor. Nosotros, desde la legislación de 1870, hemos seguido el principio romano, conforme al cual el día interpela por el hombre (*dies interpellat pro homine*). Es decir, en las obligaciones a plazo, la llegada del término las hace exigibles, sin necesidad de que el acreedor intime al deudor, requiriéndolo judicial o extrajudicialmente ante notario o testigos, para que pague. Es por esta razón que se dice que la llegada del día señalado para cumplir la deuda, hace veces por sí sola de interpelación. En cambio, en las obligaciones que no son a plazo o a término, sí se requiere una interpelación como ocurre tratándose de las prestaciones de dar en el Código Civil vigente, o que lo exija el acreedor y haya transcurrido el tiempo normalmente necesario para la ejecución del hecho. El artículo 1423 del Código anterior, no hacía distinción alguna para ambas clases de obligaciones, de tal suerte que la interpelación era necesaria en todo caso, cuando no se hubiere señalado un plazo.

4.—*La mora en el Código Civil vigente.*—Según se verá de los textos que después comentaremos, el Código en vigor reproduce fundamentalmente el sistema del de 1884, pero con la diferencia de que en tanto que en este último ordenamiento, las obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que no tuvieren señalado plazo para realizar la prestación o la abstención, se hacían exigibles hasta que el acreedor interpelare al deudor, en el Código vigente se distingue según se trate de obligaciones de dar y de hacer. En las primeras, la exigibilidad ocurre treinta días después de la interpelación judicial o extrajudicial ante notario o dos testigos. En las segundas, es necesario que transcurra el tiempo necesario para la ejecución del hecho y que el acreedor exija el pago. En esta última parte, el artículo 2080 no aclara si tal exigencia debe manifestarse a través de una interpelación o bastará que en una forma privada, es decir, sin ocurrir al juez, al notario o a los testigos, el acreedor exija el pago al deudor. Tal sería el caso de la carta formulada para tal efecto, cuya entrega se acredite debidamente. En general, fuera de este medio de justificación que puede constar en un duplicado de la misiva y en el que se acuse recibo de su entrega por el deudor, el acreedor para probar que exigió el pago, necesitará recurrir ante notario o testigos, si es que no prefiere hacerlo judicialmente.

Para las obligaciones de no hacer, el Código en vigor no contiene regla alguna para el caso de que no se hubiere señalado fecha de exigibilidad. Opinamos que, sólo en los casos en los que la naturaleza de la abstención suponga el transcurso de un cierto tiempo, cuando nada se diga, se sobrentenderá que la obligación es exigible desde que nace.

En el Código Civil vigente nosotros hemos regulado un sistema en el cual: *dies interpellat pro homine*. En efecto, toda obligación de dar o de hacer en la que se fije un plazo de cumplimiento, se hace exigible por la simple llegada del día prefijado, sin que sea menester una interpelación judicial o extrajudicial, y desde ese momento comenzarán a causarse los daños y perjuicios moratorios.

Este precepto es fundamental, porque cambia el sistema francés, regresando al romano. Dice al efecto el Art. 2104: *"El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes: I.—Si la obligación fuere a plazo comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste; II.—Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo* 2080. *El que contraviene una obligación de no hacer, pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención"*. El Art. 2105 aplica esta regla a las obligaciones de dar: *"En las obligaciones de dar que tenga plazo fijo, se observará lo dispuesto en la fracción I del artículo anterior. Si no tuvieren plazo cierto, se aplicará lo prevenido en el artículo* 2080, *parte primera"*. No requiere este precepto ni interpelación, ni tampoco que haya una culpa lata, leve o levísima que fuera la causa del incumplimiento. Para las obligaciones de dar que no tienen plazo determinado, se hacen exigibles 30 días después de la interpelación; si se trata de obligaciones de hacer, lo serán después de que transcurra el tiempo necesario, de acuerdo con la naturaleza del hecho, para ejecutar la prestación y que lo exija el acreedor. El tiempo necesario en los casos de litigio, será calificado por el juez, previo informe de peritos; será una cuestión que se subordine a la prueba pericial y al prudente arbitrio del juez.

Dispone el mismo Art. 2104: *"...II.—Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo* 2080...", y para las obligaciones de dar, el Art. 2105: *"...Si no tuvieren plazo cierto, se aplicará lo prevenido en el artículo* 2080, *parte primera"*. Este artículo 2080 determina: *"Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación"*.

5.—*Interpelación judicial mediante el emplazamiento.*—El artículo 259 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal, dice así en su fracción IV: "Los efectos del emplazamiento son: IV.—Producir todas las consecuencias de la interpelación judicial, si por otros medios no se hubiere constituido ya en mora el obligado".

En las obligaciones de dar que no tengan plazo de cumplimiento, como el acreedor no podrá exigir el pago sino después de treinta días siguientes a la interpelación judicial o extrajudicial, es evidente que para poder formular su demanda debe haber interpelado antes al obligado, bien en jurisdicción voluntaria o en forma extrajudicial ante notario o dos testigos, pues aun cuando el emplazamiento en sí mismo haga veces de interpelación, el acreedor estaría anticipándose en treinta días a la fecha de exigibilidad del pago.

6.—*Consecuencias de la mora.*—Las principales consecuencias de la mora son las siguientes:

a).—Constituye al deudor en responsable de los daños y perjuicios, pues según hemos visto, los artículos 2104 y 2105, lo obligan a pagar dichas prestaciones bien sea desde el vencimiento del plazo o a partir del momento en que la deuda se haga exigible.

b).—Arroja el riesgo de la cosa sobre el deudor, pues por encontrarse en mora se estima que se halla en culpa. Tratándose del deudor moroso, es lógico considerar que si la cosa se pierde por caso fortuito, en cierta forma ha dado causa para ello, pues de haberla restituido en el momento en el que la deuda se hizo exigible, es seguro que el bien no hubiere perecido.

En el Código Civil de 1884, los artículos 1439 y 1441, resolvían con mayor claridad, por lo que a la mora se refiere, el problema planteado, al estatuir respectivamente: "Habiendo culpa o mora por parte del deudor, estará éste obligado a la indemnización con arreglo al capítulo IV de este título". "Aunque el deudor se haya constituido en mora si no se ha obligado a responder de los casos fortuitos, la obligación se extinguirá siempre que se pruebe que la cosa se hubiere perdido igualmente en poder del acreedor".

c).—Por último, la mora, consecuencia de un cumplimiento retardado, obliga al deudor a pagar los gastos judiciales, conforme al artículo 2118 que dice así: "El pago de los gastos judiciales será a cargo del que faltare al cumplimiento de la obligación, y se hará en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles". Este precepto se aplica tanto en los casos de condena por indemnización compensatoria, como en los de indemnización moratoria.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, pág. 263.

7.—*De los daños y perjuicios.*—El segundo requisito para exigir la indemnización compensatoria y moratoria implica la realización de un daño o perjuicio. Este es un requisito evidente por sí mismo.

Teóricamente no puede darse el caso de que el incumplimiento de una obligación no origine daños y perjuicios, cuando se trata de deudas que no sean bilaterales o recíprocas, porque cualesquiera que sean las prestaciones debidas: dar, hacer o no hacer, su incumplimiento originará por lo menos los daños llamados compensatorios; es decir, generalmente la obligación de dar o de hacer tiene un valor en dinero, implica una prestación pecuniaria o susceptible de traducirse en dinero; si el deudor no la cumple, por lo menos el acreedor sufre el daño equivalente a esa prestación (por su valor si es en dinero, o por su equivalente si puede traducirse pecuniariamente). Sólo en las obligaciones recíprocas podría darse el caso de que su no pago, no perjudicase al acreedor, al quedar éste liberado de la prestación que a su vez deba cubrir.

Busso, ob. cit., t. III, pág. 399.

8.—*Indemnización compensatoria.*—Tiene interés distinguir cuáles son los daños que el incumplimiento trae consigo: existen daños compensatorios y moratorios, y en unos y otros daños directos e indirectos, previsibles e imprevisibles, necesarios y no necesarios. También dentro del término jurídico "daños" en sentido lato (daño emergente o merma en el patrimonio, y lucro cesante o perjuicio), se comprenden los perjuicios, es decir, toda privación de un lucro o ganancia lícitos que pudieron haberse obtenido si la obligación se hubiera cumplido y que deben ser también consecuencia necesaria y directa del incumplimiento.

El daño compensatorio es, por consiguiente, la merma que sufre el acreedor en su patrimonio por no cumplirse definitivamente la obligación (daño emergente). En las obligaciones en dinero, esa merma está representada por el mismo valor de la obligación; pero en las obligaciones que no son en dinero, el incumplimiento de la prestación origina un daño que puede ser o no equivalente al valor de la prestación no cumplida.

Eduardo B. Busso, Código Civil anotado, t. III, Obligaciones, Buenos Aires, 1949, págs. 395 y 400.

9.—*Indemnización moratoria.*—Además, existe la obligación en el deudor de resarcir los daños y perjuicios causados por el retardo; la indemnización moratoria, por consiguiente, es diferente de la prestación misma y de su equivalente en dinero.

10.—*Indemnización de daños y perjuicios en las obligaciones en dinero.*—Conforme al artículo 2117 del Código vigente, en su segunda

parte: "Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario".

El anterior precepto, que es igual al artículo 1451 del Código anterior, generalmente es mal interpretado, pues es costumbre en los Tribunales entenderlo en el sentido de que da derecho al acreedor a cobrar siempre el interés legal, que en el vigente Código es del nueve por ciento anual (art. 2395) y en el Código de 1884 fue el del seis por ciento anual (art. 1482), lo mismo que en el Código de Comercio (art. 362). En realidad, el precepto dispone que para el caso de incumplimiento se pagará, en las obligaciones en dinero, hasta el interés legal por concepto de daños y perjuicios, lo cual significa que según los casos podrá ese interés ser menor del legal, sin que en ningún caso pueda exceder del mismo. A diferencia de las otras prestaciones, el acreedor no tendrá que demostrar la existencia real del daño, para que el juez condene al deudor a pagar un cierto interés; pero sí deberá acreditarse, si se quiere obtener la tasa máxima que la ley permite, que en el caso concreto, según las circunstancias que prevalezcan en un momento dado, el acreedor hubiere podido colocar su dinero a un tipo no menor del referido interés legal.

11.—*Interpelación en las deudas en dinero.*—El Código de 1884 en su artículo 1433, derogó el principio de que el día interpela por el hombre, en relación con las obligaciones en dinero, pues dispuso: "Queda exceptuado de lo prevenido en dicho artículo (1432, conforme al cual el día interpela por el hombre), el pago que se haga en dinero sin réditos, en cuyo caso habrá lugar a la indemnización por daños y perjuicios en la forma prevenida en el artículo 1451 (para responder hasta del interés legal, sin poder exceder de él), sólo desde el día en que el deudor fuere interpelado".

Este precepto, que ya no se reproduce en el Código Civil vigente, se contiene sin embargo en el artículo 259, fracción V, del Código Procesal, al estatuir que: "Los efectos del emplazamiento son: V.—Originar el interés legal en las obligaciones pecuniarias sin causa de réditos".

Sin embargo, dado el texto del artículo 2105 del ordenamiento civil, que sin excepción previene que en todas las obligaciones de dar a plazo cierto o determinado, la obligación de pagar daños y perjuicios, se origina por la simple llegada del término y sin necesidad de interpelación, estimamos que aplicando el artículo 2117, el deudor tendrá que pagar un interés que no exceda del tipo legal, en las obli-

gaciones en dinero, por el solo hecho del vencimiento del término, sin que sea necesaria la interpelación judicial o extrajudicial. Ahora bien, como en el Código de Procedimientos, tal parece que sólo por virtud del emplazamiento se originará el interés legal en las obligaciones pecuniarias sin causa de réditos, habrá que distinguir el caso específico de litigio, para estar a lo que dispone la norma excepcional, y la hipótesis de un crédito no litigioso, para aplicar la regla general del Código Civil, a efecto de que se cause el interés por el solo hecho de que el deudor incurra en mora a la llegada del plazo, pues es evidente que en tal caso no sería aplicable el ordenamiento procesal que por su materia misma supone la existencia de un litigio.

12.—*Los daños y perjuicios se fijan siempre en dinero.*—En el incumplimiento de obligaciones previamente constituidas, aun cuando el Código Civil no lo diga, la doctrina ha entendido siempre que los daños y perjuicios deben fijarse en dinero. En cambio, para el caso de hechos ilícitos, el artículo 1915 del Código Civil estatuye que: "La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios".

El artículo 249 del Código Civil alemán, consagra el principio general de que la reparación debe ser en especie, sin distinguir los casos de culpa contractual y extracontractual. Dice así dicho precepto: "Quien está obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados debe restablecer las cosas al estado en que se encontrarían de no haber sobrevenido las circunstancias que obligan a la indemnización".

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 163, 164, 192 y 193.

13.—*La relación de causalidad entre el incumplimiento y los daños causados.*—El artículo 2110 del Código vigente exige claramente como requisito para la responsabilidad civil por culpa contractual, que haya una relación de causalidad directa e inmediata entre el incumplimiento de una deuda y los daños y perjuicios que tal hecho necesariamente origine. Además, requiere que estos últimos se hayan causado o necesariamente deban causarse. Dice así el precepto: "Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse".

En la doctrina se ha especulado sobre el nexo causal, formulándose diferentes teorías y distinguiéndose entre la causa próxima y la remota, así como entre la verdadera causa o conjunto de antecedentes que condicionan la existencia del daño y la causa aparente, que preten-

de tomar en cuenta circunstancias accidentales que no pueden ser las determinantes ciertas de ese daño.

Enneccerus-Lehmann estiman que no es posible dar reglas generales o abstractas, para determinar hasta dónde llega el nexo causal, siendo la mayoría de los casos un problema de apreciación especial del juez en cada controversia.

Busso, ob. cit., t. III, pág. 406.

Sobre la diversidad de opiniones, Enneccerus-Lehmann las reducen a tres clases principales:

"Las opiniones de la primera clase consideran únicamente como causa una de las condiciones con especial importancia, pero no hay acuerdo en cuanto a su determinación". (Birkmeyer, Thyrén, Binding, Kohler, Traeger).

"La segunda clase se engloba bajo la denominación común de teoría de la causación adecuada: una condición sólo ha de estimarse como causa, cuando, según su naturaleza general, aparezca como (generalmente) adecuada para producir el daño. Esta teoría puede considerarse como predominante en la actualidad y ha sido reconocida por el Tribunal de Reich". (Con distintas variantes la aceptan Kries, Enneccerus, Rümelin y Leonhard).

"En cambio, parece inadecuada la teoría, construida, originariamente para el derecho penal, llamada de la interrupción del nexo causal, según la cual el nexo causal (entendido en el sentido de la doctrina de la condición) se interrumpe por cualquier acto libre de un hombre, de modo que tratándose de la investigación de la causa sólo cabe retroceder hasta aquel acto de un hombre capaz de relación al cual esté más próximo el acto". (Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, págs. 69 y 70).

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, pág. 72.

14.—*Daños directos e indirectos.*—El artículo 1151 del Código Napoleón coincide fundamentalmente con nuestro artículo 2110, al exigir que los daños y perjuicios sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento del contrato. Asimismo, la responsabilidad civil existirá tanto en los casos de dolo, cuanto en los de culpa o de incumplimiento que no se deba a caso fortuito o fuerza mayor; pero en todas esas hipótesis será menester que exista la relación de causalidad directa e inmediata, así como necesaria. Se sobrentiende, como dice el artículo 1149 del Código francés que: "La indemnización de daños y perjuicios a que el acreedor tenga derecho, consistirá en cantidades análogas a las pérdidas que haya sufrido, y a las ganancias de que se hubiere visto privado, salvas las modificaciones y excepciones a que se refieren los artículos siguientes".

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 183 y 184.

15.—*Daños previstos e imprevistos.*—Nuestro Código Civil vigente no distingue entre daños previstos e imprevistos. En el Código francés el artículo 1150 dispone que: "El deudor no estará obligado a sa-

tisfacer más daños y perjuicios que los previstos, o que se hayan podido prever al hacerse el contrato, excepto en el caso de que la falta de cumplimiento proceda de su mala fe".

Planiol estima que en justicia el deudor sólo debe pagar los daños que previó o pudo haber previsto al celebrar el contrato.

Planiol, ob. cit., pág. 185.

16.—*La culpa como tercer elemento de la responsabilidad civil en el incumplimiento de las obligaciones.*—En el estudio que hace Planiol del elemento culpa en relación con la responsabilidad civil en el incumplimiento de las obligaciones, en realidad se llega a la conclusión de que no se trata de un verdadero requisito distinto de los dos que ya hemos estudiado, consistentes en la mora y en la existencia de daños y perjuicios, pues se le confunde con el simple incumplimiento de la deuda (Planiol, ob. cit., Obligaciones, pág. 526). Ahora bien, sólo así puede sostenerse que es necesario ese dato, pero entonces, en realidad de verdad, no se trata de una culpa propiamente dicha, bastando para que exista, que el deudor no cumpla su obligación. En cambio, para las obligaciones de dar, que además implican en forma accesoria el deber de conservar las cosas, no es suficiente el simple incumplimiento, sino que se requiere que el obligado ejecute actos contrarios a dicha conservación, o no lleve a cabo los indispensables para evitar la pérdida o deterioro de las cosas que se le hayan confiado para su custodia y entrega. Es por esta razón que para regular la culpa específica en que incurre el deudor, con motivo de la obligación de conservar una cosa, desde el derecho romano se han distinguido diferentes grados, que a su vez suponen distintas formas de incumplimiento, que el acreedor tendrá que justificar, según requiera la ley que haya una culpa grave, leve o levísima, a fin de que se condene al deudor al pago de daños y perjuicios.

A. Von Tuhr, ob. cit., t. II, págs. 95 a 102.

17.—*La culpa en las obligaciones de no hacer.*—De conformidad con lo dispuesto en los artículos 2028 y 2104 del Código Civil vigente, bastará el solo hecho de la contravención en las obligaciones de no hacer, para que el deudor sea responsable de los daños y perjuicios que cause al acreedor. De esta suerte, es evidente que para las citadas deudas, no se requiere un cierto grado de culpa, toda vez que el solo hecho del incumplimiento hace incurrir al obligado en responsabilidad civil. Dicen los preceptos citados:

Art. 2028: "El que estuviere obligado o no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado".

Art. 2104: "...El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención".

En el artículo 1145 del Código Napoleón se expresa claramente la misma idea, al estatuir: "Si la obligación consistiere en no hacer, el contraventor deberá abonar daños y perjuicios por el mero hecho de la contravención".

18.—*La culpa en las obligaciones de dar y de hacer.*—Para esta clase de prestaciones es necesario distinguir, en relación con la culpa, las que constituyan un acto de conducta del deudor puro y simple, es decir, sin relación con una cosa, como el deber del abogado al patrocinar a una de las partes en el juicio, y aquellas actividades que necesariamente guardan una referencia indisoluble con las cosas como son las obligaciones de entregar, conservar, reparar, custodiar o manufacturar alguna cosa.

En las primeras, estimamos que generalmente el simple hecho del incumplimiento hace incurrir al deudor en responsabilidad civil, siempre y cuando no se deba a causas ajenas a su voluntad. V. gr. si el abogado o el médico se abstienen de realizar la actividad que es obligatoria según su contrato de prestación de servicios profesionales.

En las obligaciones de hacer que guardan una relación estrecha e indisoluble con las cosas, la ley ha determinado distintos grados para hacer responsable al deudor, según exista una culpa grave, leve o levísima, o bien, una culpa in abstracto o in concreto.

Finalmente, existen ciertas obligaciones de hacer que no necesariamente guardan relación con las cosas, y que no obstante; por la naturaleza específica de los servicios o actividades que implican, requieren un cierto grado de culpa, sin que por lo tanto baste el mero hecho del incumplimiento, como hemos sostenido para las obligaciones de hacer que se mantienen independientes de las cosas. Es así como la ley requiere que en el contrato de mandato, el mandatario obre siempre en interés del mandante, sujetándose a las instrucciones que de éste haya recibido, y en lo no previsto, actuando con prudencia y cuidar lo del negocio como si fuere propio (art. 2562 y 2563). Es así como se ha dicho que el mandatario incurre en una culpa in concreto, como también el gestor de negocios, pues ambos deben proceder con la misma diligencia que acostumbran observar en sus propios asuntos. Es decir, no se les exige una diligencia in abstracto, tomando un tipo ideal de conducta, como la del buen padre de familia, sino una conducta concreta, la que en verdad observan respecto a sus propias cosas. El artículo 1897 expresa con toda claridad esta idea al estatuir: "El gestor debe desempeñar su encargo con toda la diligencia que emplea en sus

negocios propios, e indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione". Para la prestación de servicios profesionales, ya no se parte del criterio de la culpa in concreto, sino el de la culpa in abstracto, pues el artículo 2615 dispone: "El que preste servicios profesionales sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito".

19.—*Culpa in abstracto.*—Esta clase de culpa se determina tomando en cuenta la conducta de un tipo abstracto de hombre, de tal manera que si en un acto humano no se observa la diligencia que correspondería a esa categoría ideal, se dice que existe una culpa in abstracto, a diferencia de la culpa in concreto, que toma en cuenta la diligencia que realmente acostumbre observar el deudor en el cuidado de sus negocios o en la conservación de sus cosas. Partiendo de estos datos que efectivamente aporta la experiencia en relación con una persona determinada, se dice entonces que la misma incurre en una culpa in concreto, cuando no observa ese cuidado que normalmente tiene o procura tener en sus propios asuntos.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, págs. 223 y 224.

En nuestro derecho, la mayoría de los casos de responsabilidad por culpa contractual, se refieren a la culpa in abstracto y, excepcionalmente, a la culpa in concreto.

20.—*Culpa in concreto.*—En oposición a la culpa in abstracto que define el Código de una manera general, tenemos la culpa in concreto, que es aquella en la que se incurre cuando el obligado no observa en la custodia de las cosas ajenas o en la administración de los negocios de otro, la diligencia que está acostumbrado a emplear en el cuidado de las cosas o asuntos propios. Para ciertos contratos, el Código toma en cuenta la culpa in abstracto, y para otros la culpa in concreto.

21.—*Referencias concretas de nuestros Códigos al concepto de culpa.*—El artículo 1429 del Código Civil de 1884, que ya no fue reproducido en el ordenamiento vigente, se refería en general al concepto de la culpa leve in abstracto que tomaron los glosadores de los textos romanos, toda vez que en el citado precepto se contenía el siguiente principio: "El obligado a dar alguna cosa, lo está a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia y a entregarla, bajo la responsabilidad establecida en el capítulo IV de este título". Como se mostrará después, aun cuando el Código en vigor no contenga esta alusión clara al concepto de culpa leve in abstracto, acepta sin embargo dicha categoría, en la compraventa, en la permuta y en el arrendamiento, pues siguiendo la distinción romana, por tratarse de contratos

bilaterales, el obligado a conservar la cosa (vendedor, permutante y arrendatario), deberá observar la diligencia media, que según los romanos, correspondía al tipo abstracto representado por el buen padre de familia.

Existe, como principio general, el contenido en el artículo 2018, respecto a que: "La pérdida de la cosa en poder del deudor, se presume por culpa suya mientras no se pruebe lo contrario". Es decir, existe la presunción juris tantun de que el obligado perdió la cosa por ejecutar actos contrarios a su conservación, o por no realizar los necesarios a la misma.

Chironi, La Culpa en el Derecho Civil Moderno, págs. 43, 44 y 45.

En los contratos translativos de dominio (venta, permuta, donación y sociedad), entre tanto el enajenante no entregue la cosa al adquirente, si la misma se pierde o se deteriora, se presumirá que es por su culpa y, por lo tanto, será responsable de los daños y perjuicios frente a su acreedor; pero tal presunción desaparece si demuestra que la cosa se perdió o deterioró por culpa del acreedor, en cuyo caso el deudor quedará liberado para la hipótesis de pérdida, o el acreedor tendrá la obligación de recibir la cosa en el estado en que se encuentre, si sólo estuviere deteriorada.

Existe el caso especial de enajenación con reserva de la posesión, uso o goce de la cosa hasta cierto tiempo, por lo que de acuerdo con el artículo 2023 en relación con el 2018, para el caso de pérdida o deterioro, se presumirá culpa del enajenante, por ser quien retiene la cosa en su poder y, por lo tanto, la responsabilidad será a su cargo; pero si demostrare que hubo culpa en el adquirente, éste será el responsable. A falta de culpa o de convenio que regule la responsabilidad, cada parte sufrirá la pérdida que le corresponda (artículo 2023).

En los contratos que no son translativos de dominio (arrendamiento, comodato, depósito, mandato, transporte, hospedaje, prenda, obra a precio alzado, anticresis, etc.), el obligado a conservar la cosa responde de su culpa o negligencia en el caso de pérdida o deterioro, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que el daño le es imputable, conforme a la regla general del artículo 2018; pero, en la hipótesis de caso fortuito, fuerza mayor o culpa de la otra parte, el deudor quedará liberado. Para regular el grado de culpa en estos contratos, no es posible formular una regla general, pues en tanto que el arrendatario responde de las culpas leve y grave (art. 2425-II), el comodatario lo es de las tres culpas (art. 2502) y el depositario de la culpa grave si el depósito es a título gratuito y de las culpas grave y leve, si lo es a

título oneroso (art. 2522). Para el mandatario, se parte ya de la culpa in concreto, pues debe cuidar de los negocios y de las cosas del mandante, como si fuesen asuntos propios, pero también debe obrar con prudencia, aludiéndose así a la diligencia media y, por tanto, haciéndosele responsable de las culpas leve y grave (art. 2563). En la prestación de servicios profesionales, existe responsabilidad por negligencia, impericia o dolo, (es decir, por culpas grave y leve) (art. 2615). En el contrato de obra a precio alzado, todo el riesgo de la misma correrá a cargo del empresario hasta el acto de la entrega, a no ser que hubiere morosidad por parte del dueño de la obra en recibirla, o convenio expreso en contrario (art. 2617). "Recibida y aprobada la obra por el que la encargó, el empresario es responsable de los defectos que después aparezcan y que procedan de vicios en su construcción y hechura, mala calidad de los materiales empleados o vicios del suelo en que se fabricó; a no ser que por disposición expresa del dueño se hayan empleado materiales defectuosos, después que el empresario le haya dado a conocer sus defectos, o que se haya edificado en terreno inapropiado elegido por el dueño a pesar de las observaciones del empresario" (art. 2634).

22.—*Doctrina romana de la culpa.*—Expondremos primero la doctrina romana de la culpa, su observancia en nuestros Códigos de 1870 y 1884, y la modificación que sufre en el vigente, siguiendo la tesis de Josserand.

Primera regla: En el derecho romano se estatuía esta regla general, que acepta después el Código Napoleón y que seguimos nosotros en los nuestros de 1870 y 1884: En toda obligación de dar el deudor debe conservar la cosa como buen padre de familia; en consecuencia, es responsable de la culpa lata y de la leve, pero no de la levísima.

Segunda regla: En los contratos que impliquen prestaciones recíprocas de utilidad para ambas partes, el deudor es responsable de la culpa grave y de la leve. En otras palabas: en los contratos onerosos de prestaciones de dar, el deudor es responsable de la culpa grave y de la leve, pero no de la levísima.

Tercera regla: En los contratos unilaterales en favor del acreedor, el deudor sólo es responsable de la culpa grave.

Cuarta regla: En los contratos unilaterales en favor del deudor, éste es responsable de la culpa grave, de la leve y de la levísima.

Chironi, ob. cit., págs. 49 y 50.

Aplicaremos estas reglas presentando distintos ejemplos. Primero la regla general: En toda obligación de dar el deudor debe conservar la cosa como buen padre de familia, y responderá de la culpa leve y

de la grave. El derecho romano elige el tipo abstracto del buen padre de familia, porque considera que es el tipo de hombre que tiene una diligencia media en la conservación de sus cosas; por consiguiente, el deudor en las obligaciones de dar, por regla general, debe observar la diligencia media del buen padre de familia, para conservar la cosa que está obligada a entregar. Además, el derecho romano toma en cuenta el tipo del diligentísimo padre de familia, al que se le supone la diligencia máxima, y cuando no se observa ésta, aunque se tenga la media y la mínima, considera que hay culpa levísima. Se imagina en el derecho romano que dentro de los buenos padres de familia hay los diligentísimos, que tienen un cuidado excesivo en la conservación de sus cosas, y que este tipo de hombre diligentísimo que tiene la diligencia máxima, servirá para determinar el cuidado que debe tener el deudor en ciertos contratos que son los unilaterales y gratuitos hechos a su favor (comodato).

Por último, determina que hay una diligencia mínima, que cualquier hombre, con las precauciones normales, debe tener; que cuando no se observe esta diligencia mínima que todo ser humano debe tener, hay ya un descuido máximo, una culpa lata o grave, que supone la negligencia en su mayor grado. También elige este tipo abstracto de hombre o de conducta, para determinar la responsabilidad en ciertos contratos hechos en beneficio del acreedor y en el que el deudor no obtiene ninguna ventaja por la custodia o conservación, como ocurre en el depósito que es gratuito, ya que el depositario, sin obtener ninguna ventaja, está conservando cosa ajena, la está custodiando y debe exigírsele por lo menos la diligencia mínima, de tal manera que si no la observa, su culpa es grave y lo hace responsable de los daños y perjuicios.

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 175 y 176.

Con estos tres grados en la culpa, se decía en el derecho romano: primero, si el contrato es oneroso, que supone reciprocidad de prestaciones, debe exigirse la diligencia media en el deudor; por ejemplo, en el arrendamiento, en que hay una reciprocidad en las prestaciones y en que por lo tanto el deudor debe tener interés en conservar la cosa, porque la está usando y se está sirviendo de ella; pero no se le puede exigir la diligencia máxima, porque si es cierto que se le concede el uso, él paga una renta. En cambio, al comodatario, a quien se le concede el uso gratuito, sí se le exige la diligencia máxima, porque

se está sirviendo de una cosa sin pagar renta. De aquí se dice: en los contratos onerosos que se refieran a prestaciones de cosas, la obligación del deudor será la del buen padre de familia para conservarlas con una diligencia media; el deudor será entonces responsable de su culpa grave, que supone que incurrió en la negligencia máxima, y de su culpa leve, porque tampoco habrá observado el cuidado del buen padre de familia.

En los contratos gratuitos unilaterales en favor del deudor, se le deberá exigir a éste la diligencia máxima, y se le hará responsable de las tres culpas, porque usa una cosa ajena, en su provecho exclusivo, en forma gratuita y debe entonces por equidad garantizar al acreedor de que cuidará esa cosa como el más diligente de los hombres, y por cualquier descuido, por mínimo que sea, se le obligará a pagarle daños y perjuicios. Si el comodatario que se está aprovechando de ella en forma gratuita, incurre en culpa levísima, el acreedor debe estar garantizado para que cualquier demérito o descuido en la conservación de la cosa se le indemnice, así sea un demérito originado por un descuido mínimo.

Por último, en los contratos unilaterales en favor del acreedor, es decir, en aquellos en que el deudor solamente resulta obligado y el acreedor obtiene que se le custodie o conserve la cosa sin pagar remuneración alguna, como es el contrato de depósito gratuito, es evidente que el deudor ya no estará obligado ni a tener la diligencia máxima, ya que no usa de la cosa, ni la media, que implica provechos recíprocos, y si la mínima, porque el objeto del depósito es la custodia, y un descuido máximo implicaría ya una falta que se asimila al dolo y que debe ser sancionada por el derecho.

Chironi, ob. cit., pás, 80 y 81.

En estos contratos unilaterales en favor exclusivo del acreedor, el deudor responderá, por consiguiente, sólo de la culpa grave.

En esta forma aceptamos en nuestros Códigos de 1870 y de 1884 la doctrina romana. El artículo 1429 de este último, decía: "El obligado a dar alguna cosa, lo está a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia y a entregarla, bajo la responsabilidad establecida en el capítulo IV de este título". Se seguía al Código francés para adoptar el tipo del buen padre de familia, y la responsabilidad media, correspondiente a la culpa leve, como norma para todas las obligaciones de dar, y sólo cuando la ley exigía determinada culpa en

ciertas obligaciones, entonces se estaba a la clasificación que en cada contrato hacía la ley. Con este criterio, en nuestro Código de 1884, el procedimiento era el siguiente: se estudiaba si en el contrato relativo había una obligación de dar; si para ella la ley hacía responsable al deudor de la culpa levísima o de la grave, se estaba a lo dispuesto por la ley; pero si ésta guardaba silencio, se aplicaba la norma general y se decía: el deudor debe responder de la culpa leve y, por consiguiente, de la grave: por ejemplo, en la compraventa y en la permuta no encontrábamos una norma especial. Por tal motivo el enajenante, entre tanto no entregaba la cosa, debía conservarla como buen padre de familia, según la regla general, y era responsable de la culpa grave y de la leve. Lo mismo se aplicaba a la permuta. Ya en contratos especiales, como el comodato o el depósito, aplicábamos la regla que determinaba cierto grado especial de culpa.

El Código vigente modifica, siguiendo a Josserand, y en general a la doctrina moderna, esta tesis tradicional de que en toda obligación de dar, salvo disposición en contrario, se responde de la culpa grave y de la leve. Notamos desde luego que ya en el capítulo consagrado a las obligaciones de dar, no se contiene ese precepto, aceptado en el derecho romano y en el Código Napoleón; pero, no obstante, este mismo capítulo dispone que en ciertas obligaciones y para ciertos contratos será necesaria la culpa del deudor para que incurra en responsabilidad. En el art. 2017 se regula la culpa en las obligaciones de dar translativas de dominio, y se dice que cuando la cosa se pierde en poder del deudor, por caso fortuito o de fuerza mayor, no responderá, pero si se pierde o demerita por su culpa, sí debe responder: cuando hay pérdida, pagando el valor de la cosa, y cuando hay demérito, indemnizando el importe del mismo, o si el acreedor lo prefiere, podrá pedir la rescisión de la obligación o del contrato y el pago de daños y perjuicios. Dice este artículo 2017: "En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes: V.—Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se hayan convenido".

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 177.

También vuelve el Código vigente a requerir el elemento culpa en el art. 2023: "En los casos de enajenación con reserva de la posesión, uso

o goce de la cosa hasta cierto tiempo, se observarán las reglas siguientes: II.—Si la pérdida fuere por culpa de alguno de los contratantes, el importe será de la responsabilidad de éste..."

Con estos dos preceptos resolvemos los problemas que se presentan en la compraventa y en la permuta, porque se trata de contratos que originan obligaciones de dar (translativos de dominio), y si la cosa se pierde en poder del deudor, es decir, del vendedor o del permutante, responderá de su valor, si procedió con culpa, y en los contratos en que no haya transmisión de la propiedad, sino sólo del uso o goce, el usuario a quien se le ha concedido temporalmente el disfrute de la cosa, también responderá del valor de la misma, si procedió con culpa.

El Código vigente, al tratar de los contratos, aunque se aparta del criterio romano en cuanto a clasificar las culpas, según el tipo abstracto del buen padre de familia, repite las disposiciones del Código anterior, de tal manera que en la compraventa y en el arrendamiento, por tratarse de contratos onerosos, el deudor responde de la culpa leve y de la gave; en el comodato, de la levísima, leve y grave, y en el depósito, sólo de la grave. No hay, en rigor, una modificación substancial para el régimen de los contratos. Sin embargo, en el actual Código se toma en cuenta además, el criterio moderno que clasifica las faltas en culpa in abstracto y culpa in concreto. La culpa in abstracto en rigor debe determinarse según el criterio romano y de acuerdo con lo que dispone el art. 2025 ya transcrito. La culpa in concreto es aquella en la cual incurre el deudor, cuando no procede con la diligencia y cuidado que acostumbra poner en sus propios negocios; ya no se le exige que observe un tipo abstracto de conducta, de tal manera que en cada hombre variará el grado en la diligencia y en la culpa, según sea sumamente diligente o descuidado. Por ejemplo, en el mandato, el mandatario sólo es responsable de la culpa in concreto, cuando no atiende los asuntos del mandante con el mismo cuidado que acostumbra poner en sus propios negocios.

23.—*La doctrina de la culpa contractual en el Código Civil vigente.*—En las obligaciones relativas a la conservación de las cosas, la ley supone que el deudor incurre en culpa lata, leve o levísima, según sea la obligación de que se trate.

El artículo 2104 no exige para las obligaciones de hacer más requisito que el incumplimiento, para que haya lugar a la acción por daños y perjuicios. A su vez, el incumplimiento supone que el deudor in-

currió en mora; por esto dice la fracción I: "Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste", y si no se fijó plazo, cuando transcurra el tiempo normalmente necesario para ejecutar la prestación, según la naturaleza del hecho.

En el Art. 2105 se estatuye que las mismas reglas de las obligaciones de hacer, son aplicables a las de dar; tal parece, por consiguiente, que tampoco en éstas el acreedor tiene que demostrar culpa en el deudor, y que podrá exigir el pago de daños y perjuicios por el simple incumplimiento, cuando la obligación se haga exigible.

No obstante, hemos mostrado ya que esta disposición general del Art. 2105, sufre excepciones para determinados contratos, en que el deudor debe incurrir en culpa para que sea responsable de los daños y perjuicios.

Hasta aquí podemos concluir que según el Código Civil vigente, no es necesario el elemento "culpa" para la responsabilidad civil contractual, ni en las obligaciones de hacer, ni en las de dar, y ésta es efectivamente la tesis moderna que ha sostenido principalmente Josserand. Este autor afirma, separándose del derecho romano, que tanto en las obligaciones de dar como de hacer, basta el incumplimiento para que el deudor se vea obligado a pagar daños y perjuicios, y sólo quedará librado en dos casos: 1º—Cuando exista caso fortuito o fuerza mayor. 2º—Cuando la ley expresamente exija culpa para que nazca o se origine la responsabilidad por daños y perjuicios.

Además, el Art. 2111 dice: "Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la ley se la impone". Tenemos aquí la primera excepción que acepta Josserand. Cuando el incumplimiento es por caso fortuito o fuerza mayor, no hay responsabilidad, excepto cuando el deudor se haga responsable inclusive del caso fortuito o cuando haya dado causa a él, porque esto supone culpa y su obligación entonces se originará en rigor por la misma, que provocó el caso fortuito o de fuerza mayor.

La segunda excepción a que se refiere Josserand, cuando la ley expresamente exige la culpa en el deudor, la encontramos en el Código Civil vigente en relación con diversos contratos a los cuales ya nos hemos referido, aplicándose fundamentalmente la doctrina romana de las tres culpas, pues en algunos se requiere para que haya responsabilidad que se incurra en culpa lata o grave, en otros que haya culpa leve y, finalmente en casos excepcionales, como ocurre con el comodato, basta la culpa levísima.

El artículo 1104 del Código Civil español nos da un concepto más amplio de la culpa, fijando al propio tiempo el criterio general de su graduación, según la naturaleza de la deuda o del contrato, y en relación con circunstancias referentes a las personas, al tiempo y al lugar. Dice el citado precepto: "La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponda a un buen padre de familia". En el artículo 1103 se consagra además el principio general de que: "La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos".

Comparando nuestro ordenamiento vigente con el español, se nota desde luego que entre nosotros no se consigna el principio general de que para que exista responsabilidad contractual, debe haber una culpa o negligencia en el deudor, la cual según el artículo 1104 del Código español dependerá de la naturaleza de la obligación, pero si en ésta no se expresare el tipo de diligencia que haya de observar el deudor, se le exigirá siempre la media, es decir, la que correspondería a un buen padre de familia. Ya en el citado artículo no se concreta tal tipo de diligencia a las obligaciones relacionadas con la conservación de las cosas, como se desprende de los diversos casos que regula nuestro ordenamiento vigente para distintos contratos en particular; ni como dispuso el artículo 1429 del Código de 1884, a cargo del obligado a dar alguna cosa, quien lo estaba a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia. Es de advertirse que en el artículo 1094 del ordenamiento español, también existe este mismo principio, pero posteriormente se amplía en el 1104 para referirlo no sólo a las obligaciones de dar o en general a las prestaciones de cosas, sino también para todo tipo de deudas en las cuales no se exprese la diligencia que especialmente habrá de observar el obligado.

Observa Manresa que las tendencias del derecho moderno han sido en el sentido de protestar contra el criterio romano en cuanto a la prestación de la culpa, "buscando para sustituirlo otro que, siendo más justo y amplio, se acomodara, tanto para la prestación como para la graduación, a la naturaleza de la culpa, atendiendo más, y sin rigor inflexible, a los distintos elementos que en ésta pueden apreciarse. No se debe regatear el aplauso en este punto a nuestro Código Civil, que

significando un notable progreso con respecto a los antiguos precedentes y aun a los Códigos modernos, según se puede ver por la comparación de textos, ha encontrado una fórmula feliz, que, recogiendo todo el progreso de la doctrina jurídica en la materia, concilia el prudente arbitrio del juzgador con la necesidad de normas generales, y fijando con acierto la noción de la culpa y la medida de la misma, permite en ella una amplia y fundada variedad". (Comentarios al Código Civil Español, t. VIII, págs. 87 y 88).

El propio autor, al explicar los artículos 1103 y 1104 ya antes transcritos, observa que el Código español acepta una graduación en las culpas, pero sin fijar determinado número de las mismas; que en cada caso variará la diligencia que deberá observar el deudor, dependiendo de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias relativas a las personas, al tiempo y al lugar; que como medida general, a falta de determinación específica, deberá observarse la diligencia del buen padre de familia; que la inobservancia en esa conducta media que constituye el límite normal, constituye el concepto general de culpa; pero que el Código puede exigir en cada caso una diligencia distinta, para apreciar el grado de la culpa; que en cuanto a la prestación, se abandona el criterio del antiguo derecho y se sigue la tendencia moderna, puesto que el concepto de culpa se refiere a toda clase de obligaciones, sin tomar en cuenta que la utilidad sea para un contratante o para ambos; que, finalmente, el juez debe intervenir para moderar la responsabilidad, coordinando así el principio general de que toda negligencia es exigible, con la facultad discrecional de los Tribunales para moderar la responsabilidad.

Según se desprende del estudio que antecede, el Código español se mantiene aún dentro de la doctrina tradicional que requiere la culpa en todo caso de incumplimiento de obligaciones contractuales, para que el deudor responda de los daños y perjuicios causados, a diferencia de nuestro ordenamiento vigente que ni siquiera reproduce la regla general del artículo 1429 del Código de 1884, para hacer intervenir el citado elemento sólo en los contratos que impliquen la obligación de conservar las cosas que deberá entregar el deudor al acreedor, bien sea en los contratos traslativos de dominio, entre tanto el enajenante retenga la cosa, o en los traslativos de uso o goce, o finalmente en los que impliquen la custodia o administración de los bienes ajenos, para que en todos estos últimos se haga responsable al obligado de cierto tipo de descuido o negligencia en la conservación de esos bienes. Tam-

bién es cierto, como hemos visto, que para la prestación de ciertos servicios (mandato, obra a precio alzado, transporte, hospedaje y prestación de servicios profesionales), el Código vigente también toma en cuenta el elemento culpa, para hacer responsable al deudor de los daños y perjuicios causados al acreedor en el caso de incumplimiento, que ya no se referirá a la obligación específica de cuidar y conservar un bien ajeno.

Independientemente de que en los artículos 2104 y 2105, para las obligaciones de hacer, de no hacer y de dar, ya no se requiere el elemento culpa, debe llamarse la atención sobre el hecho de que en el capítulo consagrado a las últimas (obligaciones de dar), los artículos 2017 a 2025 toman en cuenta el repetido elemento para las distintas hipótesis que ya hemos analizado anteriormente: a) obligaciones de dar traslativas de dominio, cuando la cosa se pierde o deteriora en poder del deudor, según haya habido culpa de éste, del acreedor, o caso fortuito; b) pérdida de la cosa en poder del deudor, que se presume por su culpa, mientras no se pruebe lo contrario; c) pérdida de la cosa, cuando la deuda procediere de delito o falta; d) obligaciones de dar con reserva de la posesión, uso o goce de la cosa hasta cierto tiempo; y, e) contratos traslativos de uso o de goce, en los que el riesgo será siempre por cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia del deudor.

24.—*Opinión personal.*—Independientemente de la teoría de Josserand y de la modificación que hace el Código vigente respecto del sistema tradicional, en nuestro concepto el requisito de culpa contractual que requiere la ley para las obligaciones relativas a la conservación de las cosas, se refiere no a una culpa en la prestación principal, sino en una secundaria. Cuando la ley requiere expresamente culpa en la conservación de las cosas, para que se haga responsable al que deba entregarlas, se está refiriendo a una prestación secundaria, que supone cumplimiento de una principal.

Generalmente en esta última, ni la doctrina tradicional, ni el derecho romano, ni el Código vigente, suponen culpa, de tal suerte que el acreedor tenga que demostrar que además del incumplimiento, hubo culpa al no ejecutar la prestación de dar o de hacer. Ni en la misma tesis de Josserand, bien interpretada, es menester culpa para que proceda la responsabilidad civil en cuanto al cumplimiento de la prestación principal. Unos ejemplos aclararán esta idea:

Contrato de compraventa. Obligaciones principales: transmitir el dominio, entregar la cosa, responder de la evicción, garantizar una posesión pacífica y útil. En estas obligaciones principales basta que el deudor no las cumpla para que proceda la responsabilidad civil; es decir, la acción por daños y perjuicios; no se necesita demostrar que hubo culpa en la no transmisión del dominio, o bien al no entregar la cosa, porque el deudor, por el solo hecho de no ejecutar esas prestaciones, incurrirá en la obligación consiguiente de pagar daños y perjuicios al acreedor; pero independientemente de estos deberes principales, el deudor tiene la obligación secundaria de conservar la cosa, y de custodiarla. El vendedor, cuando no entrega inmediatamente la cosa, se convierte en un depositario de la misma, y además de su obligación de entregarla en la fecha que se fije, tiene la obligación secundaria de conservarla y, por consiguiente, se le hace responsable de las culpas grave y leve.

Cuando la doctrina tradicional o el derecho romano exigían culpa en el deudor para que procediera la indemnización por daños y perjuicios, se estaban refiriendo a una culpa en la custodia, en la conservación de la cosa ajena, que el deudor retenía en su poder, entre tanto llegaba el plazo fijado, para que realizara su prestación principal, consistente en entregar una cosa. Tenemos, por ejemplo, en el contrato de comodato, obligación principal en el comodatario: restituir la cosa cuando lo exija el comodante o cuando llegue el plazo prefijado: obligación secundaria: conservarla para estar en aptitud de cumplir su obligación principal, que es devolver el bien. Lo mismo podemos decir del arrendatario; éste está obligado a devolver la cosa al terminar el contrato, y entre tanto debe conservarla y cuidarla, siendo responsable de la culpa en que incurra, que según el derecho romano podrá ser grave o leve, porque debía conservarla como buen padre de familia. El depositario está obligado a restituir la cosa, que es su obligación principal, y de la secundaria, consistente en custodiarla, sólo responderá si se incurriere en dolo o malicia (culpa grave). Según el derecho romano, cuando no se pactaba una remuneración, se entendía gratuito el contrato, y como el depositario estaba prestando un servicio al depositante, sólo se le exigía la diligencia mínima y se le hacía responsable de la culpa grave.

Se advierte, por consiguiente, que no se requiere para la responsabilidad civil principal, en cuanto a la indemnización compensatoria, que el deudor incurra en culpa; pero en cuanto a la procedencia de la in-

demnización secundaria, por el demérito de la cosa no cuidada o conservada debidamente, sí se exige que el deudor incurra en culpa.

En resumen, podemos sostener en nuestra opinión, la siguiente tesis: la indemnización compensatoria, es exigible en toda obligación por el solo hecho de que el deudor incurra en mora, sin que sea menester culpa alguna para su procedencia. En las obligaciones de dar, basta con que no se cumpla la prestación principal de transmitir el dominio y entregar la cosa o de trasmitir el uso o goce con la entrega de la misma, para que proceda la indemnización compensatoria, exigiendo el acreedor el pago de los daños y perjuicios correspondientes. Además, puede el acreedor exigir, si lo prefiere, el cumplimiento exacto de la prestación cuando ello es posible.

En las obligaciones de hacer, generalmente basta el hecho del incumplimiento, es decir, que el deudor incurra en mora, para que el acreedor pueda exigir la indemnización compensatoria. En las obligaciones de no hacer, es suficiente el hecho de la contravención para que proceda la reparación de daños y perjuicios. Excepcionalmente, cuando el deudor tenga la obligación secundaria de conservar la cosa, se requerirá culpa, para que el acreedor pueda exigir una indemnización equivalente a la pérdida o demérito de la misma, y esta culpa podrá ser grave, leve o levísima, según cada categoría de contratos y en la forma y términos que lo disponga la ley. Como la prestación secundaria, consistente en conservar la cosa, ni se presenta en todos los contratos, ni tampoco impide la exigibilidad de la indemnización compensatoria, se deduce de aquí que el elemento culpa, tradicionalmente reconocido en el derecho romano, y posteriormente en el Código Napoleón y en nuestras legislaciones de 1870 y 1884, nada tiene que ver con la indemnización compensatoria, ni con la moratoria, por el retardo en el cumplimiento; que sólo se exigirá por excepción, cuando exista la obligación secundaria de conservar la cosa en ciertos contratos y, además, se cause un daño o demérito en la misma, porque el deudor no la cuide con la diligencia que según cada contrato requiera la ley. Sólo en ciertas prestaciones de hacer como en el mandato, cabe la noción de culpa, independientemente de las cosas objeto del mismo; ya que el mandatario es responsable de una culpa en concreto, si no atiende los negocios del mandante, con el mismo cuidado que acostumbra observar en los propios; lo mismo ocurre en la gestión de negocios. En el contrato de obra a precio alzado y en el de prestación de servicios profesionales, cabe la culpa en las obligaciones de hacer, pero no como lo

define el art. 2025; es decir, como la ejecución de actos contrarios a la conservación de la cosa, o la omisión de los necesarios para ella.

Aplicando esta teoría tenemos que en la compraventa no siempre existe la obligación de conservar la cosa, porque el vendedor generalmente la entrega; lo mismo en la permuta. En los contratos translativos de uso (arrendamiento y comodato), sí hay esa obligación, pero es secundaria, para cumplir la principal de restituirla en el mismo estado en que se entregó. Por lo tanto, si no se cumple la prestación principal de restituir, procederá la indemnización compensatoria, aun cuando no se incurra en culpa, por lo que se refiere a la conservación de la cosa.

CAPITULO II

TEORÍA SOBRE LA IMPOSIBILIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

(Caso Fortuito, Fuerza Mayor y Teoría de los Riesgos)

1.—*Caso fortuito y fuerza mayor.*—La teoría general para la responsabilidad civil compensatoria y moratoria, y para la especial que resulte de la pérdida o del demérito en la conservación de la cosa, tiene una excepción fundamental que se refiere al incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor. Hay un principio tradicional en el derecho, según el cual a lo imposible nadie está obligado. Principio que recibe una aplicación expresa en el Código Civil, al determinar que nadie está obligado al caso fortuito, porque implica una imposibilidad que puede ser absoluta desde el punto de vista físico, o de tal manera difícil para el deudor, que cumplir con la prestación a pesar del caso fortuito, sería imponerle una carga injustificada y una situación demasiado gravosa. Por esto dispone el Código Civil en su art. 2111: *"Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone".*

Dice el Código que nadie está obligado al caso fortuito, a no ser que haya contribuido a él. Cuando el deudor da causa o contribuye a su realización, está incurriendo en culpa y en este caso no habrá excepción, sino que se confirmará la tesis general de que cuando el deudor incurre en culpa es responsable de los daños y perjuicios que cause. Puede

también el deudor aceptar expresamente la responsabilidad, cuando exista caso fortuito o de fuerza mayor. En este caso se respeta el principio de la autonomía de la voluntad, y si el deudor quiere hacerse responsable, previendo el riesgo, la ley no debe ir en contra de su propia voluntad.

Por último, estatuye el art. 2111 que en ciertos casos la ley impone la responsabilidad para el hecho fortuito; efectivamente, en el contrato de comodato la ley señala, que en dos ocasiones el comodatario responderá del caso fortuito: 1a.—Cuando pudiendo salvar la cosa dada en comodato, prefiere salvar la propia. Se supone que como el comodatario debe tener la diligencia máxima y está gozando gratuitamente de una cosa ajena, cuando haya un riesgo, debe salvar primero la cosa dada en comodato y después la propia. Basta que incurra en esta omisión para que se le haga responsable del caso fortuito. 2a.—Cuando el comodatario reciba la cosa estimada. Será suficiente que se haga un avalúo, aunque no se diga con qué objeto, para que la ley interprete la voluntad del comodante, en el sentido de que el objeto de valorizar la cosa, fue para que el comodatario devuelva su importe, si se pierde por caso fortuito. Dice el art. 2505: *"Si la cosa perece por caso fortuito, de que el comodatario haya podido garantirla empleando la suya propia, o si no pudiendo conservar más que una de las dos, ha preferido, la suya, responde de la pérdida de la otra"* y el 2506: *"Si la cosa ha sido estimada al prestarla, su pérdida, aun cuando sobrevenga por caso fortuito, es de cuenta del comodatario, quien deberá entregar el precio si no hay convenio expreso en contrario".*

Estos son los casos, entre otros, a que se refiere el art. 2111 en los que el deudor debe responder del caso fortuito, por disposición expresa de la ley.

Tenemos, por consiguiente, esta excepción fundamental: a pesar de que el deudor no cumpla su obligación, si ello se debe a caso fortuito, se considera que en primer lugar no incurrió en mora, porque hubo una imposibilidad absoluta para cumplir; y, en segundo, que habrá también una imposibilidad física para entregar la cosa cuando ésta ha perecido, o bien para realizar el hecho, dado que acontecimientos naturales en el caso fortuito, o hechos del hombre insuperables en los de fuerza mayor, impiden al deudor cumplir la prestación. El arrendatario está obligado a devolver la cosa, lo mismo que el comodatario o el depositario. Esta obligación principal de restituir queda sin efecto si por caso fortuito, es decir, por un acontecimiento natural (un temblor, una inundación) la cosa se destruye. O bien, si el que deba prestar un he-

cho (el fabricante que está obligado a entregar determinada mercancía), y por un caso de fuerza mayor, es decir, por un acto del hombre (la guerra, v. gr.) no recibe la materia prima necesaria y no puede cumplir la prestación, queda liberado de su cumplimiento. Esto no significa que tenga derecho al precio de la cosa que no pudo entregar, pero no será responsable, ya que no incurrió en mora, ni habrá lugar a daños y perjuicios por su incumplimiento.

Se discute en la doctrina cuál es el concepto de caso fortuito y de fuerza mayor. Por el primero entendemos el acontecimiento natural inevitable, previsible o imprevisible, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. Se trata, por consiguiente, de hechos naturales inevitables que pueden ser previstos o no por el deudor, pero a pesar de que los haya previsto, no los pueda evitar, y que impiden en forma absoluta el cumplimiento de la deuda, es decir, constituyen una imposibilidad física insuperable.

En cuanto a la fuerza mayor, entendemos el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. La guerra, la huelga en ciertos casos cuando no es imputable al patrón constituyen casos de fuerza mayor. La guerra puede ser previsible, inevitable para el deudor, que impide en forma absoluta el cumplimiento de su obligación, porque si sólo implica una situación un tanto más gravosa para el cumplimiento de la prestación, adquiriendo materias primas a mayor costo, esta circunstancia no podrá ser invocada por el obligado para liberarse; dará lugar a la teoría de la imprevisión, según la cual el juez debe modificar las circunstancias de la deuda, para que no resulte gravosa, cuando la causa de tal manera sea general que afecte a la colectividad y que por lo tanto traiga un perjuicio en todos los deudores, si se les exigiera el cumplimiento exacto de sus prestaciones.

El artículo 1105 del Código Civil español define el caso fortuito y la fuerza mayor como sucesos que no se han podido prever, o que, previstos, son inevitables. Dice al efecto el mencionado precepto: "Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables".

Comentarios al Código Civil español, t. VIII, págs. 91 y 92

2.—*Distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor.*—La separación que hemos precisado entre el caso fortuito y la fuerza mayor,

aun cuando tiene su fundamento en la doctrina española que ha inspirado las definiciones que al principio propusimos, y que en términos generales estimamos aplicable a nuestros Códigos Civiles, no se encuentra aceptada por el artículo 2455 del Código vigente que, aun cuando se refiere al caso especial del arrendamiento de fincas rústicas, distinguiendo casos fortuitos ordinarios y extraordinarios, enumera, al referirse a estos últimos, tanto hechos naturales, cuanto actos del hombre. Dice así la parte conducente del citado precepto: "Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro acontecimiento igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever".

Nuestro Código Civil vigente a diferencia del español y del francés, no contiene en sus diversos artículos que aluden al caso fortuito o a la fuerza mayor, un texto que pudiera servirnos de fundamento para unificar el concepto capaz de comprender ambas manifestaciones, como ocurre en el citado artículo 1105 del Código español, toda vez que en éste se emplean términos genéricos para referirse a "aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables". Asimismo, en la parte final del artículo 1147 del Código Napoleón, se habla de "causas extrañas a su voluntad (del deudor), que no pueden serle imputadas". Es por esto que Bonnecase tomando en cuenta los artículos 1147 y 1148 del citado ordenamiento francés, estima que todas las distinciones propuestas por los autores para diferenciar el caso fortuito de la fuerza mayor, están condenadas al fracaso.

Bonnecase, ob. cit., t. II, págs. 342 a 349.

De acuerdo con Manresa, en el caso fortuito sólo debe verse un acontecimiento independiente de la voluntad del deudor, previsto o imprevisto, pero inevitable, que comprende también la fuerza mayor, y cuyo antecedente, según la definición que del mismo da el artículo 1105 del Código español, se remonta a la ley 11, título 33, Partida 7a., que define el caso fortuito como *"ocasión que acaesce por aventura de que nos se puede ante ver. E son estos, derrivamientos de casas e fuego que se enciende a so ora, e quebrantamiento de navío, fuerza de ladrones..."*. También la jurisprudencia del Tribunal Supremo en España, en una ejecutoria de 12 de abril de 1873, al caracterizar al caso fortuito sostuvo que éste "requiere sobrevenga un suceso ignorado por las partes al tiempo de contratar, que no hayan podido prever ni resistir"

Independientemente de que el caso fortuito no se refiera exclusivamente a los acontecimientos naturales, y la fuerza mayor a los hechos del hombre, sí es importante hacer notar que en ambos lo esencial radica en que se trata de acontecimientos inevitables. No es verdad que el carácter de imprevistos sea fundamental, pues basta con que sean irresistibles o inevitables para que aun cuando se pudieren haber previsto días o momentos antes de su realización (como la guerra o una inundación), el deudor se halla imposibilitado para poder cumplir su obligación. Sí creemos que sea esencial el que tales sucesos sean imprevisibles en el momento de contratar, pues si a pesar de su probable realización el deudor se obligare, entonces querría decir que lo hacía corriendo el riesgo consiguiente, es decir, a pesar del caso fortuito o de la fuerza mayor y, en esa hipótesis, habría que considerar aplicable lo dispuesto por el artículo 2111, estimando que expresamente se aceptó la responsabilidad respectiva. En el Código francés se habla de causas extrañas a la voluntad del deudor, que no puedan serle imputables, para significar la naturaleza irresistible de esos acontecimientos. En el artículo 1105 español, claramente se advierte que lo esencial es el carácter inevitable de aquellos sucesos que aun cuando generalmente no puedan preverse, sin embargo, seguirán constituyendo verdaderos casos fortuitos si a pesar de ser previstos en cuanto a su posible realización, después de celebrado el contrato, resultaren inevitables.

En la doctrina francesa, Bonnecase ha comparado cinco teorías principales en las que sólo la segunda postula la identidad entre el caso fortuito y la fuerza mayor, con diferencia de grado, en tanto que las otras cuatro aceptan diferentes distinciones entre ambos términos. El propio autor señala que el efecto negativo de esos acontecimientos consiste en liberar al deudor, en tanto que el efecto positivo implica una disminución en el patrimonio del acreedor; pero advierte que todos los sistemas que los distinguen tendrán que estrellarse ante el tenor de los artículos 1147 y 1148, en cuyos preceptos el Código Napoleón mantiene la unidad fundamental de ambos términos. Para la jurisprudencia, existe también el mismo efecto jurídico, pues dichos acontecimientos coinciden en que hacen imposible el cumplimiento de la obligación. Hace notar Bonnecase que la imposibilidad absoluta de cumplir por caso fortuito o fuerza mayor, supone la ausencia de culpa, lo que también requiere nuestro artículo 2111 del Código vigente al decir que: "Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él...", pues es evidente que cuando haya alguna culpa en el deudor,

su falta misma debe considerarse como una forma de causar o contribuir a la realización del caso fortuito.

Bonnecase, al distinguir tres categorías de acontecimientos constitutivos del caso fortuito o de la fuerza mayor, consistentes en los actos de autoridad, en los sucesos naturales y en los hechos del hombre, en rigor acepta la distinción que al principio propusimos para diferenciar por una parte los fenómenos de la naturaleza y por la otra los hechos del hombre, comprendiendo en estos últimos a los actos de autoridad.

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 135 y 136.

3.—*Casos en los cuales se responde a pesar del caso fortuito o de la fuerza mayor.*—Ya hemos indicado que de acuerdo con el artículo 2111 del Código vigente, en tres hipótesis se responderá del caso fortuito: a).—Cuando se ha dado causa o contribuido a él; b).—Cuando se ha aceptado expresamente esa responsabilidad y c).—Cuando la ley la impone.

a).—Cuando se ha dado causa o contribuido al caso fortuito (artículos 1459 y 1462 del Código de 1884) en realidad el deudor ha incurrido en culpa y, por lo tanto, propiamente no se hace una excepción a la regla general de que el caso fortuito es liberatorio de responsabilidad, pues más bien se aplica el otro principio que obliga a responder de la culpa o negligencia.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, pág. 224.

Una manifestación de esta primera hipótesis la tenemos en el caso de que ocurriese el acontecimiento fortuito, encontrándose en mora el deudor. En verdad, si no se puede decir que se haya dado causa a ese suceso, sí es cierto que se contribuyó a su realización, pues de no haber incurrido en mora el obligado, no se hubiese encontrado posteriormente impedido para realizar o satisfacer la prestación a su cargo. Debe entenderse esta hipótesis en los términos previstos por el artículo 1441 del Código anterior, que al efecto estatuía: "Aunque el deudor se haya constituido en mora, si no se ha obligado a responder de los casos fortuitos, la obligación se extinguirá siempre que se pruebe que la cosa se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor". Cabe observar que los artículos 1439, 1440 y 1441 del citado Código de 1884, reprodujeron los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 1160, proyecto de Código español de Florencio García Goyena; pero en éste, el artículo

1006 disponía: "Cuando el obligado se haya constituido en mora o se haya comprometido sucesivamente a entregar una misma cosa a personas diversas, será de su cuenta el peligro de la cosa hasta que se verifique la entrega". Partiendo del principio aceptado en la doctrina y expresamente reconocido en el citado artículo 1006, conforme al cual, por el sólo hecho de encontrarse en mora el deudor deberá responder del caso fortuito, cabe exceptuar del contenido de esa regla general, el caso del artículo 1441 del Código anterior, pues aun cuando el deudor se encontrare en mora, no responderá del caso fortuito si probare que la cosa se hubiere perdido igualmente en poder del acreedor. Una segunda manifestación de la primera hipótesis que estamos analizando, o sea, cuando el deudor haya dado causa o contribuido al caso fortuito, la tenemos en el caso previsto por el artículo 2019 del Código vigente, igual al 1443 del anterior, pues dispone dicho precepto que: "Cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiere sido el motivo de la pérdida, a no ser que, habiendo ofrecido la cosa al que debió recibirla, se haya éste constituido en mora". Es decir, en los casos de delito, se considera que el deudor dio causa, por su mismo hecho ilícito, a la pérdida de la cosa, aun cuando la misma se deba a caso fortuito, a no ser que el acreedor se hubiere constituido en mora, pues entonces ya no podrá estimarse que la situación en cuanto a la pérdida misma fue imputable al deudor.

b).—La segunda hipótesis relativa a la aceptación expresa por parte del deudor a efecto de responder del caso fortuito, la tenemos reconocida como principio general en el artículo 2111 del Código vigente y en el 1462 del ordenamiento anterior, en el cual también el artículo 1440 decía: "La misma responsabilidad tendrá (se refiere al deudor) cuando se haya obligado a la prestación del caso fortuito". En los preceptos citados se requiere que exista una declaración de voluntad expresa por parte del obligado para responder del caso fortuito, de manera que no sería aceptable un caso de voluntad tácita, aun cuando se pudiere establecer en forma indubitable, derivándola de ciertos hechos o datos; tampoco el juez podría a base de presunciones humanas inferir la obligación de responder del caso fortuito. La misma regla debe observarse para la fuerza mayor.

Existen casos de protección para el deudor, por la naturaleza del contrato, en los cuales a pesar de que se hubiere obligado expresamente a responder del caso fortuito, la ley no le otorga efectos al pacto respectivo. En el Código anterior el artículo 2332 disponía expresamente: "Será

nulo el convenio de que todas las pérdidas que resultaren por caso fortuito, sean de cuenta del mediero de ganados". En el mismo sentido estatuye el artículo 2757 del Código en vigor. Además, en el artículo 2455 se dispone en forma irrenunciable que el arrendatario tendrá derecho a una rebaja proporcional de la renta cuando perdiere más de la mitad de los frutos de una finca rústica, por casos fortuitos extraordinarios. En consecuencia, al ser irrenunciable ese beneficio, será nulo el pacto por virtud del cual se obligue a pagar la totalidad de la renta a pesar de que por un caso fortuito extraordinario, perdiere más de la mitad de los frutos.

c).—La última hipótesis que hemos mencionado, consistente en responder del caso fortuito, cuando la ley así lo disponga, la tenemos expresamente regulada en los artículos 2505 y 2506, a efecto de que el comodatario responda cuando la cosa haya sido estimada al celebrarse el contrato, o cuando pudiendo haberla salvado de emplear un bien propio, hubiere preferido conservar éste. No obstante que en estos casos el perecimiento del objeto ocurre por un acontecimiento fortuito, existe responsabilidad tomando en cuenta que no se tuvo la diligencia máxima exigida por el artículo 2502 y, por lo tanto, que hubo una culpa levísima. A propósito de este contrato, se reglamentan casos que ya suponen una culpa mayor en el comodatario, como el del artículo 2504, cuando se emplea la cosa en uso diverso del convenido o por más tiempo del que se hubiere pactado, agregando el precepto que en ambas hipótesis se responderá aun cuando la pérdida sobrevenga por caso fortuito. Lo mismo debe decirse, conforme al artículo 2512, cuando el comodatario la preste a un tercero, sin estar autorizado para ello, o cuando no devuelva el objeto, no obstante que advirtió el peligro que el mismo correría de continuar en su poder.

4.—*El problema de los riesgos en los contratos.*—Las causas que hacen imposible en forma total o parcial el cumplimiento de los contratos, dan lugar al problema de los riesgos, cuyo contenido fundamental consiste en determinar las consecuencias que originará ese incumplimiento, tratándose de obligaciones recíprocas. Propiamente la cuestión jurídica se plantea sólo en el caso de los contratos bilaterales, pues en ellos, como indica Planiol, se trata de saber si a pesar de que una de las partes quedó liberada por la imposibilidad de cumplir su obligación, la otra debe, no obstante ello, realizar la prestación debida, arrojándose íntegramente sobre la misma el riesgo del contrato; o bien, si por ese hecho, no debe cumplir la contraprestación, caso en el cual el riesgo sería a

cargo de la parte que se vio impedida de cumplir por causas ajenas a su voluntad.

El problema que antecede no podría plantearse en los contratos unilaterales, pues en los mismos, por el solo hecho de que el obligado no pueda cumplir su prestación por un caso fortuito o de fuerza mayor, quedará liberado, sin que exista posibilidad de plantear el problema relativo a saber si la otra parte tendrá que cumplir, pues precisamente por tratarse de un contrato unilateral, ninguna obligación existirá a su cargo.

Cabe observar que el problema de los riesgos se plantea no sólo en los contratos que tengan relación con las cosas (traslativos de dominio, de goce, de uso, de custodia, de transporte, de obra, de mandato, de prenda, etc., etc.) sino también en los que se refieran a prestaciones de hacer o de no hacer independientes de los bienes, pues cualesquiera que sean las prestaciones, positivas o negativas, cabrá preguntarse si por el hecho de que una parte quede liberada, se producirá también la liberación de la otra, o bien, si deberá continuar obligada.

En los contratos relacionados con las cosas y, especialmente, en los traslativos de dominio, el problema de los riesgos plantea la importante cuestión de saber si el adquirente deberá pagar el precio o contraprestación, cuando la cosa perezca por caso fortuito en poder del enajenante. Después trataremos de esta cuestión, siendo conveniente primero abordar, para todos los contratos de prestaciones recíprocas, el problema a que nos hemos referido.

Planiol, ob. cit. Teoría General de los Contratos, traduc. de Cajica Jr., Puebla págs. 168 y 169.

En términos generales, según hemos dicho, cabe afirmar que cuando en un contrato bilateral una de las partes queda liberada por imposibilidad de cumplimiento, la otra también debe quedar libre, pues este principio de justicia se basa en la interdependencia que existe en los contratos bilaterales para las obligaciones recíprocas, así como en las normas que de manera semejante se han establecido para la excepción de contrato no cumplido, la condición resolutoria tácita y la reciprocidad en el cumplimiento. Es decir, así como si una de las partes no cumple, la otra no tiene obligación de cumplir, o bien si la primera cumple la segunda también debe hacerlo, cuando por imposibilidad material una de ellas esté impedida de realizar la prestación, es de equidad que la otra también quede liberada.

Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, págs. 169 a 174.

De acuerdo con lo expuesto, si en un contrato de prestación de servicios, el que deba realizarlos se encuentre impedido por caso fortuito o de fuerza mayor, la otra parte a su vez quedará liberada de pagar la remuneración convenida.

Cuando interviene alguna cosa como objeto de la prestación de una de las partes, se plantea el problema de saber, si la misma pereciere, cuáles serán las consecuencias respecto a las obligaciones asumidas por la otra parte. Por ejemplo, qué deberá hacer el arrendatario, el depositario, el comodatario, etc., etc. Por el momento, hemos supuesto casos en los que no se trasmite el dominio para simplificar el problema; pero desde ahora conviene declarar que para nuestro derecho, bien interpretada la situación jurídica que se crea en la permuta o en la venta, sí se altera el resultado de la solución general que hemos propuesto, por lo que se refiere al cumplimiento o a la liberación de las prestaciones principales.

En efecto, en un contrato de arrendamiento, si la cosa perece por caso fortuito, siguiendo la regla general de interdependencia de las prestaciones, el arrendatario quedará liberado de pagar la renta, pues si el arrendador está imposibilitado para concederle el uso es de equidad que no tenga derecho a exigir la contraprestación relacionada con el mismo. Si se resolviese que, a pesar de la pérdida, tuviere que pagar la renta, entonces el riesgo sería íntegramente a cargo del deudor de la cosa en cambio, en la solución propuesta, el riesgo se arroja sobre el arrendador, que es el acreedor de la cosa, formulándose así el principio de que en los contratos, no traslativos de dominio, la cosa perece para el acreedor de la misma, quien además de sufrir la pérdida, no tendrá derecho a exigir la prestación pactada a su favor por el uso o goce del objeto. Debemos recordar que tiene sólo sentido este problema, tratándose de contratos bilaterales-onerosos, pues en nuestro derecho ya en la actualidad existen contratos bilaterales-gratuitos, como el comodato, que siempre fue reputado unilateral. Como en esta cuestión de los riesgos se trata de resolver, si no obstante la pérdida de la cosa, deba el que la usa pagar una prestación, sólo esta clase de obligaciones serán las que interesen para poder definir si deberá haber o no liberación en cuanto a las mismas, sin importar que haya otra clase de deudas, como serían las relacionadas con la entrega de la cosa en el comodato o en el depósito, y que bajo el Código anterior constituían sólo elementos de formación de dichos contratos, sin que por lo tanto existieren como obligaciones nacidas del mismo.

Tratándose de contratos bilaterales-onerosos, la reciprocidad de las prestaciones, cuando se refieren al uso o goce de las cosas, sí permite

apreciar en todo su alcance el problema de los riesgos, pues justamente tendrá que resolverse si por no poder cumplir la parte obligada a proporcionar el citado uso o goce, la otra a su vez deberá quedar liberada de la contraprestación correspondiente.

En los contratos traslativos de dominio, no obstante que el enajenante quede liberado de la obligación de entregar la cosa por estar imposibilitado, debido a que la misma pereció por caso fortuito, se resuelve en nuestro derecho que, tratándose de cosas ciertas o determinadas, el adquirente sí tendrá obligación de pagar el precio o valor pactados. Aun cuando también en estos contratos la cosa perece para el acreedor de la misma, como lo es el adquirente, la situación se invierte si se les compara con los traslativos de uso o goce, pues en tanto que en éstos no se cubre la contraprestación relacionada con la cosa, en aquéllos sí debe pagarse por el adquirente. Planiol consigna diversos motivos para explicar esta solución. En nuestro concepto, es justificable que el adquirente pague, aun cuando no reciba la cosa, si se toma en cuenta que ya el enajenante cumplió su obligación principal de transmitir el dominio y, por lo tanto, el adquirente debe a su vez satisfacer la suya, sin que pueda liberársele por el hecho de que la otra parte se vea imposibilitada de cumplir la prestación secundaria consistente en entregar. Además, en el caso, el acreedor se convierte en dueño de la cosa, pues tratándose de contratos traslativos de dominio sobre bienes determinados, el artículo 2014 del Código vigente dispone que la traslación de la propiedad se opera por efecto directo del contrato, sin necesidad de tradición, ya sea natural, ya sea simbólica.

Por este motivo la regla del artículo 2017 fracción V, al estatuir que en los casos en que la obligación de dar importe la traslación de la propiedad y la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor en poder del deudor (enajenante), la obligación quedará sin efecto y el dueño sufrirá la pérdida, es aplicable tanto a la compraventa como a la permuta y en general a todos los traslativos de dominio, pero de acuerdo con lo que hemos expuesto, propiamente el problema de los riesgos tendrá que plantearse sólo en los casos en los que el adquirente a su vez se obligue a pagar una contraprestación en dinero, valores o servicios al enajenante. De esta suerte, en dichos contratos la regla de que la cosa perece para su dueño es igual a la regla de que la cosa perece para el acreedor. Tratándose de cosas genéricas, conforme al artículo 2022, hasta que se individualicen se aplicará el principio ya mencionado. Para los "contratos en que la prestación de la cosa no importe la traslación de la propiedad

—dice el artículo 2024—, el riesgo será siempre de cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte".

En todo contrato bilateral, translativo de dominio, cuando es puro y simple, el acreedor se convierte en dueño de la cosa, pero en el derecho romano no regía el mismo principio, porque la compraventa y la permuta no transmitían el dominio, de tal suerte que no era lo mismo decir "la cosa perece para su dueño" que "perece para el acreedor", pues el comprador era ya acreedor de la cosa y aún no era el dueño. Pero no sólo tiene importancia histórica distinguir esta regla, dada la naturaleza de la compraventa romana, sino también en el derecho actual, cuando el contrato bilateral depende de la modalidad consistente en la reserva de dominio, el acreedor no es aún el dueño de la cosa.

Si la compraventa es pura y simple, celebrado el contrato, el comprador es acreedor de la cosa para exigir su entrega y es, además, dueño de la misma; si perece por caso fortuito, o fuerza mayor, sufre la pérdida y tiene que pagar el precio. Pero si el contrato está sujeto, v. gr., en la venta con reserva de dominio, a una modalidad, se discute si el comprador sufre la pérdida, aunque no sea aún el dueño. Se adquiere, supongamos, como constantemente sucede en el mercado, una cosa con la condición de que el dominio no se trasmitirá sino hasta que se pague el precio; después la cosa perece por caso fortuito o fuerza mayor, antes de que éste se pague. ¿Bastará con que el comprador sea acreedor de la cosa, aunque no sea dueño de la misma, para que deba pagar el precio, no obstante que se haya destruido por caso fortuito o fuerza mayor?

El problema tiene mayor significación si pensamos que la cosa aún no ha salido de las bodegas del vendedor; parecerá injusto que el comprador, que ni siquiera la ha recibido, tenga que pagar el precio; sin embargo, ésta es la regla estatuida para los contratos bilaterales, aplicando el principio general de que a lo imposible nadie está obligado y que por lo tanto no debe el deudor responder del caso fortuito o de la fuerza mayor. Habrá que hacer responsable al deudor o al acreedor, en estos casos. Se consideró que es el acreedor el que debe sufrir la pérdida; pero no se justifica la regla diciendo que ya es el dueño; en la mayoría de los casos esta justificación sí es cierta, es decir, cuando la obligación de dar no está sujeta a condición.

En las obligaciones puras y simples, aunque la cosa no haya sido entregada al acreedor, éste ya es el dueño y es lógico que sufra la pérdida, que pague el precio, porque el deudor que la retenía en su poder, era un simple depositario, de la misma manera de que si en el depósito se pierde la cosa, es el depositante quien sufre la pérdida. Pero en las

obligaciones de dar sujetas a condición suspensiva con reserva de dominio, ya no advertimos esta equidad en la solución. ¿Por qué el acreedor sufriría la pérdida si aún no es dueño de la cosa? ¿Por qué se exceptúa este caso de la norma general de que el dueño sufra la pérdida? En rigor, ésta es una excepción justificada sólo desde el punto de vista histórico; en el derecho romano, como la compraventa no transmitía el dominio, se dijo que debería ser el acreedor y no el dueño quien sufriera la pérdida. La compraventa se inicia con obligaciones totalmente independientes entre sí; había dos estipulaciones divorciadas y no la solidaridad que para los contratos bilaterales del derecho moderno se estableció como norma fundamental. Sólo por esta razón histórica seguimos aceptando en el Código de 1884, que la cosa perezca para el acreedor y no para el dueño, en los casos en que el acreedor no llegue a adquirir el dominio.

Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, págs. 175 y 176.

Los artículos que fijan estas soluciones son: 2017: "En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes: V.—Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido": Aquí el Código dice que el dueño sufre la pérdida, pero se está refiriendo a obligaciones traslativas de dominio puras y simples, en las que el dueño es el acreedor; pero tenemos el art. 2023: "En los casos de enajenación con reserva de la posesión, uso o goce de la cosa hasta cierto tiempo, se observarán las reglas siguientes: III.—A falta de convenio o de culpa, cada interesado sufrirá la pérdida que le corresponda, en todo, si la cosa perece totalmente, o en parte, si la pérdida fuere solamente parcial". Según esta fracción III, cada interesado sufrirá la pérdida si no hay culpa; es decir, si hay caso fortuito o fuerza mayor. Como se trata de contratos traslativos, es evidente que el dueño, acreedor de la cosa, es el que sufre la pérdida.

En el Código Civil de 1884, el artículo 1430 consagraba una regla general para todos los contratos que tuviesen por objeto prestaciones de cosas, pues una vez perfeccionados por el consentimiento de las partes, hacía que el acreedor reportara la pérdida del objeto, aun cuando éste no le hubiere sido entregado. Es decir, se seguía claramente el principio de que la cosa perecía para el acreedor, excepto cuando hubiere culpa del deudor, conforme al artículo 1431. Los mencionados pre-

ceptos estatuían lo siguiente: "Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, es de cuenta del acreedor el riesgo de la cosa, aun cuando ésta no le haya sido entregada". "El riesgo será de cuenta del deudor si por su culpa se perdiere o deteriorare la cosa que estaba en su poder".

Tomando en cuenta que el citado artículo 1430 se encuentra en el capítulo denominado "De la prestación de cosas", estimamos que dicho precepto se refiere, como el 1138 del Código Napoleón a la enajenación de bienes individualmente determinados y, por lo tanto, debe relacionarse con el 1436 del mismo Código anterior, según el cual: "En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica; salvo convenio en contrario". Es decir, debemos entender el 1430 como un principio aplicable a los contratos traslativos de dominio, teniendo en consecuencia el mismo alcance que el 1138 francés, en el que se previene que: "La obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes. Hace al acreedor propietario y pone la cosa a sus riesgos desde el instante en que ha debido ser entregada, aunque la entrega no haya sido hecha, a menos que el deudor esté en mora de entregarla, caso en el cual la cosa queda a los riesgos de este último".

Para los contratos no traslativos de dominio, el artículo 1450 del Código anterior arrojaba el riesgo sobre el dueño, pues claramente se disponía que: "En los contratos en que la prestación de la cosa no importe la traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del dueño, menos cuando intervenga culpa o negligencia de la otra parte". Ya hemos visto que en el artículo 2024 del Código vigente, para los repetidos contratos, el riesgo es de cuenta del acreedor de la cosa, que también es el dueño de la misma, pues partimos de la hipótesis de que el deudor sólo la retiene temporalmente en depósito, comodato, arrendamiento, transporte, hospedaje, mandato, prenda, etc.

5.—*El problema de los riesgos en las obligaciones condicionales.*— De acuerdo con el artículo 1343 del Código de 1884: "Cuando la cosa se pierde o se deteriora sin culpa del deudor, la pérdida o menoscabo es de cuenta del acreedor". Este precepto está relacionado con el 1340 conforme al cual: "Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva, y pendiente ésta se perdiere, deteriorare, o bien se mejorare la cosa que fuere objeto del contrato, se observarán las dispo-

siciones siguientes". Entre dichas disposiciones, está la regla ya transcrita del artículo 1343 que se refiere al caso fortuito, pues supone que la cosa se pierde o se deteriora sin culpa del deudor. En consecuencia, se vuelve a confirmar el principio de que también en las obligaciones condicionales la cosa perece para el acreedor. En tal virtud, en la venta sujeta a condición suspensiva, como el comprador es el acreedor, aun cuando todavía no sea el dueño, él deberá sufrir la pérdida, debiendo pagar el precio, aun cuando no llegue a recibir aquélla. El mencionado precepto lo tomamos del artículo 1040 del Proyecto de Código español de García Goyena. En el artículo 1182 del Código Napoleón se reconoce el principio contrario, pues el riesgo es por cuenta del deudor. En efecto, dice el citado precepto: "Cuando la obligación se ha contraído bajo una condición suspensiva, la cosa que es materia del contrato queda a los riesgos del deudor, que no se ha obligado a entregarla sino en el caso de advenimiento de la condición". Es verdad que nuestro artículo 1343 no distingue si el deudor se obligó o no a entregar la cosa al cumplirse la condición y, por lo tanto, debemos considerar que bien sea en una o en otra hipótesis, el riesgo será para el acreedor, lo que permitirá que si la cosa pereciere por caso fortuito encontrándose en manos del obligado, no obstante ello será el citado acreedor quien sufra la pérdida, debiendo pagar el precio. Con mayor razón, si la cosa perece en poder de este último. En cambio, conforme al texto francés, sólo cuando el deudor conserve la cosa durante todo el tiempo de la dependencia de la condición, el riesgo será por su cuenta. Si se tratare de una venta bajo condición suspensiva, el comprador no tendrá que pagar el precio, cuando el perecimiento ocurra encontrándose el bien en poder del vendedor. No se aplica, por consiguiente, el efecto retroactivo que rige en materia de condiciones, y que permite considerar que, habiéndose cumplido éstas, las consecuencias se retrotraen a la época anterior en que se constituyó la obligación. Por razones de equidad, se estima que no obstante que la condición se cumpla, si la pérdida ocurriere antes de la realización de la modalidad, se reputará que por no ser aún el acreedor dueño de la cosa, no deberá sufrir la pérdida. En el Código de 1884 se siguió el principio romano consagrado en el Digesto y repetido después en la ley 26, título 5, Partida 5a. del derecho español, conforme al cual la cosa perecía para el comprador, en los casos de venta bajo condición suspensiva.

M. Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones, t. II, págs. 184 y 185.

En el Código vigente, el artículo 1948 dispone para los casos de obligaciones sujetas a condición suspensiva, que la obligación se extinguirá cuando la cosa se pierda sin culpa del deudor. Es decir, este último ya no tendrá que hacer la entrega, lo cual es evidente, pero además, el acreedor tampoco deberá pagar la contraprestación. En último análisis, será el deudor quien sufra la pérdida, pues el acreedor quedará liberado, no obstante que por causas ajenas a la voluntad del obligado, éste se vio imposibilitado de hacer la entrega. El precepto aludido dice así: "Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva y pendiente ésta, se perdiere, deteriorare o bien se mejorare la cosa que fue objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes: I.—Si la cosa se pierde sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación". Es evidente que al estatuirse la extinción de la deuda, no sólo se comprende la relativa a la entrega, pues este efecto no necesitaba declararlo la ley, ya que se impone por la naturaleza misma de las cosas, toda vez que por virtud del perecimiento ocurrido sin culpa del deudor, se produce su liberación de acuerdo con el principio que previene que a lo imposible nadie está obligado, o como dice el artículo 2111: "Nadie está obligado al caso fortuito...". Además, también se comprende la liberación por parte del acreedor respecto a la contraprestación, que es en donde tiene verdadero sentido disponer que la obligación quedará extinguida. En consecuencia, se llega a un resultado final diametralmente opuesto al del artículo 1343 del Código anterior, en el que el perecimiento quedaba a cargo del acreedor.

M. Borja Soriano, ob. cit., t. II, págs. 186 a 188.

Para el caso de obligaciones sujetas a condición resolutoria, el artículo 1348 del Código de 1884 dispuso que: "En el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa restituible, se aplicarán al que deba hacer la restitución, las disposiciones que respecto al deudor contienen los artículos que preceden". Es decir, se deberá devolver lo percibido por virtud del contrato (artículo 1346) y los frutos e intereses por parte de aquel que hubiere faltado al cumplimiento de su obligación (artículo 1347). Tomando en cuenta que por tratarse de una condición resolutoria, es el adquirente el que deberá restituir al enajenante, para reponer las cosas a su estado primitivo, si ocurriere la pérdida por caso fortuito antes de que la condición se cumpla ya no podrá hacerse la devolución; pero si se aplica el efecto retroactivo de las condiciones, entonces el enajenante será el acreedor y, por lo tanto, sufriría la pérdida

conforme al principio general, también reconocido por el artículo 1343 para el caso de pérdida en las obligaciones sujetas a condición suspensiva.

En el Código Civil vigente no existe precepto alguno que se refiera a la pérdida de la cosa en las obligaciones sujetas a condición resolutoria. Por este motivo, tendremos que resolver el problema observando estrictamente el principio general reconocido por el artículo 2017 fracción V, para el caso de enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, en relación con los artículos 1940 y 1941, que consagran los efectos retroactivos de las condiciones resolutorias. Tratándose de obligaciones de dar que no fueren traslativas de dominio, tendremos que aplicar el artículo 2024, pero también relacionándolo con los preceptos ya mencionados. Razonando en consecuencia sobre el alcance de las condiciones resolutorias, tendremos a su vez que distinguir los casos de perecimiento de la cosa antes de que la condición se cumpla, una vez que se haya cumplido y, finalmente, cuando exista certeza de que no podrá ya realizarse.

a).—Antes de que la condición se cumpla, si se trata de obligaciones de dar que importen la traslación de la propiedad, será el adquirente, de acuerdo con la fracción V del artículo 2017, el que sufra la pérdida, pues tratándose de una condición resolutoria, los efectos se habrán producido como si la obligación fuere pura y simple y, por lo tanto, por efecto mismo del contrato habrá adquirido la propiedad; pero habrá que distinguir después si con posterioridad a la pérdida de la cosa, la condición se cumplió, o bien si ya no tuvo realización. En la hipótesis de que se hubiere cumplido, no obstante que el adquirente era el dueño cuando pereció la cosa, en virtud de los efectos retroactivos de las condiciones resolutorias, que conforme al artículo 1940 llegan al grado de volver totalmente las cosas a su estado primitivo, como si la obligación no hubiere existido, habrá que considerar que en definitiva no se produjo ningún efecto, de tal manera que el enajenante no dejó de ser dueño de la cosa y, en consecuencia, el perecimiento de la misma lo tendrá que sufrir, restituyendo la prestación que hubiere recibido. En cambio, si la condición no llegare a realizarse, las consecuencias traslativas de propiedad quedarán definitivamente consumadas, sufriendo el adquirente la pérdida de la cosa.

b).—Cuando la condición resolutoria no se cumpla, o exista certeza de que ya no podrá realizarse, y la cosa perezca después de determinar tales situaciones, será el adquirente, como dueño de la misma, quien sufra la pérdida.

c).—Tratándose de obligaciones no traslativas de dominio, conforme al artículo 2024, el riesgo de la pérdida deberá ser a cargo del acreedor. Ahora bien, también deberá distinguirse si el perecimiento ocurre estando pendiente la condición resolutoria, una vez que se haya cumplido, o cuando exista certeza de que ya jamás podrá realizarse esa modalidad. En el primer momento, será el acreedor quien sufra la pérdida; pero si después la condición se realiza, tendrá que sufrir las consecuencias el propietario, que por virtud de los efectos retroactivos de la condición ya cumplida, se torna acreedor a la restitución. Cuando el perecimiento ocurre después de cumplida la condición, el problema desaparece debido a que ya se operaron los efectos restitutorios y, por lo tanto, el ecreedor a la devolución, o sea, el dueño, será quien sufra la pérdida. Si finalmente la modalidad ya no podrá realizarse, la obligación quedará como si hubiere sido pura y simple, aplicándose lisa y llanamente el artículo 2024, para arrojar el riesgo sobre el acreedor, quien mantendrá tal carácter en forma definitiva.

6.—*Qué debe entenderse por pérdida de la cosa.*—Conforme al artículo 2021 del Código vigente: "La pérdida de la cosa puede verificarse: I.—Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio; II.—Desapareciendo de modo que no se tengan noticias de ella o que, aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar".

Dados los términos del mencionado precepto, debemos distinguir en realidad dos formas fundamentales de pérdida de la cosa: la material y la jurídica.

A su vez, la pérdida material puede ocurrir en tres hipótesis: a) por la destrucción del objeto, que el Código llama perecimiento del mismo; b) por el extravío del bien, sin tener noticias de su paradero; y, c) por la imposibilidad material de recuperarlo, aun cuando se sepa el lugar en donde se encuentre, como sería la embarcación hundida en una parte en donde sea físicamente imposible sacarla a flote.

La pérdida en sentido jurídico ocurre cuando la cosa queda fuera del comercio. Ahora bien, de acuerdo con los artículos 748 y 749, las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza, cuando no puedan ser poseídas por algún individuo exclusivamente, o por disposición de la ley, si la misma las declara irreductibles a propiedad particular. Para nuestro problema, considerando que la cosa salió del comercio, sólo puede darse el caso de que la ley la declare fuera de la apropiación de los particulares, lo cual equivale a su pérdida para el problema de los riesgos.

7.—*Ideas generales sobre la imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones.*—Debe distinguirse como hacen Enneccerus-Lehmann, entre la imposibilidad originaria en el nacimiento de la obligación y la imposibilidad subsiguiente que se refiere ya al cumplimiento de las deudas.

Cuando existe una imposibilidad originaria, bien sea física o jurídica, la obligación propiamente no llega a nacer o constituirse. Debemos decir en el derecho mexicano que se trata de una inexistencia por falta de objeto, toda vez que es posible generalizar las reglas sobre las obligaciones contractuales a las demás obligaciones en general. En consecuencia, como de acuerdo con el artículo 1794 del Código vigente, para la existencia de la obligación contractual se requiere que haya un objeto que pueda ser materia de la misma, lo propio debe decirse para la existencia de cualquiera otra obligación. En efecto, así como los artículos 1824 a 1828 requieren que para las prestaciones de dar o de hacer nacidas de un contrato, la cosa o el hecho sean posibles en sentido físico y jurídico, lo mismo debe decirse para todas aquellas obligaciones extracontractuales, pues si se refieren a cosas o a hechos, es lógicamente necesario que unas y otros puedan existir, es decir, ser posibles desde el punto de vista de las leyes naturales y de las normas jurídicas. Por la misma razón, en todas las obligaciones que tengan por objeto prestaciones de cosas, aplicaremos el artículo 1825 a efecto de que las mismas existan en la naturaleza, sean determinadas o determinables en cuanto a su especie y, finalmente, estén en el comercio. Para las obligaciones que tengan por objeto prestaciones de hacer o abstenciones, también aplicaremos los artículos 1827 y 1828, pues para que puedan existir jurídicamente se requerirá que esos hechos positivos o negativos sean posibles en sentido físico y jurídico. En la inteligencia de que, conforme al artículo 1828: "Es imposible el hecho que no pueda existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización".

Finalmente, así como el acto jurídico es inexistente de acuerdo con el artículo 2224 por falta de objeto que pueda ser materia de él, de la misma suerte la obligación contractual o la extracontractual serán inexistentes cuando haya una imposibilidad física o jurídica en cuanto a la constitución de su objeto mismo.

La teoría que antecede, al referirse a la inexistencia misma de las obligaciones, no es aplicable al caso de imposibilidad en el cumplimiento de las mismas, pues en tanto que tratándose de la imposibilidad ori-

ginaria la deuda no llega a nacer, es decir, a tener vida jurídica, cuando nos referimos a la imposibilidad subsiguiente, la obligación ha nacido, pero su funcionamiento se ve interrumpido por un hecho posterior, como es el obstáculo que vuelve imposible el cumplimiento de una prestación que pudo física y jurídicamente constituirse o nacer a la vida jurídica. Ahora bien, los hechos o situaciones que hacen imposible el cumplimiento, deben estudiarse en relación con las consecuencias mismas de las obligaciones, pues constituyen formas de incumplimiento no imputables al deudor.

Es particularmente interesante, la siguiente declaración de principio que hacen Enneccerus-Lehmann en relación con este problema:

"Si a la prestación posible en origen se oponen, más tarde, obstáculos extraordinarios que sólo pueden vencerse mediante un sacrificio absolutamente desproporcionado, o bajo graves riesgos, o violando deberes de mayor importancia, la prestación tiene que considerarse como imposible a la luz de la consideración racional, ética y económica que es decisiva para el derecho. Pero esto es sólo una guía. Su más precisa delimitación sólo puede hacerse en el caso concreto". (Ob. cit., t. II, v. I, pág. 235).

En nuestro derecho, de acuerdo con el artículo 1828 del Código vigente, la imposibilidad en la prestación debe ser absoluta, de tal manera que el obstáculo impida física o jurídicamente su nacimiento o su cumplimiento. Estimamos aplicable este criterio que es proporcionado por la ley sólo a propósito de la existencia misma de la prestación de hacer, al cumplimiento de ella, de tal manera que debe haber una incompatibilidad proveniente de una ley de la naturaleza o de una norma jurídica en tal forma radical, que constituya un obstáculo insuperable para su realización. Por la misma razón el artículo 1829 estima que: "No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él". Justamente podría darse el caso de que para el deudor se trate de un obstáculo extraordinario que sólo pueda vencer mediante un sacrificio absolutamente desproporcionado, o bajo graves riesgos, o violando deberes de mayor importancia, pero que para otra persona no implique tan graves dificultades. Creemos además que al emplear el artículo 1828 la enérgica expresión de que el *"obstáculo sea insuperable"*, quiso eliminar o no tomar en cuenta esos otros obstáculos que sin ser insuperables, sólo son extraordinarios, pero superables, aun cuando de difícil vencimiento.

No nos oponemos a que por una consideración racional, ética y económica, como dicen Enneccerus-Lehmann, sea jurídico sostener en el

derecho mexicano que ante tales obstáculos extraordinarios, sí debe haber una *modificación* de equidad en el cumplimiento de las obligaciones, pero no una *liberación,* que sólo debe admitirse ante el caso fortuito o la fuerza mayor que implican obstáculos inevitables e insuperables. El artículo 1796, al estatuir que en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, no sólo se estará a lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, nos da un criterio para poder evitar la ruina del deudor, modificando en términos de equidad el exacto cumplimiento de la prestación, cuando existan esos obstáculos tan grandes que sólo podrían ser superados con sacrificios totalmente desproporcionados a la contraprestación que haya de recibir el obligado. También el artículo 17 del mismo Código en vigor, puede servirnos por analogía para evitar que se llegue a consecuencias injustas en la exigibilidad de las deudas, pues si en ese precepto se protege al que es víctima de una explotación indebida, por el abuso que se haga de la ignorancia, de la inexperiencia o de la miseria del deudor, obteniéndose merced a esa conducta ilícita, una ganancia desproporcionada en relación con la prestación que se pague, de la misma suerte, y por las mismas razones de justicia y de equidad, deberá el derecho proteger la situación del obligado que con posterioridad al nacimiento de la deuda, tiene que vencer obstáculos extraordinarios para poder cumplir su obligación. Las mismas ideas expuestas al tratar de la teoría de la imprevisión, al tratar del contrato como norma jurídica, págs. 169 a 178, son aplicables en parte al problema de que se trata, a efecto de tomar en cuenta los principios de equidad y de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones. Precisamente Enneccerus-Lehmann (ob. cit., t. II, v. I, págs. 206 a 210) nos aportan datos valiosos en relación con la cláusula *rebus sic stantibus* y la teoría de la imposibilidad económica en el cumplimiento de las obligaciones, motivadas por las guerras y las grandes crisis económicas, con los trastornos consiguientes (escasez de las materias primas, dificultades en la fabricación y desvalorización del dinero). Sin embargo, no debe confundirse la imposibilidad económica con la imposibilidad física o jurídica en cuanto al cumplimiento de las deudas. Creemos que en nuestro derecho sólo podrá admitirse tal equiparación cuando la citada imposibilidad económica constituya un obstáculo insuperable para poder satisfacer la prestación, pero siempre y cuando no derive de la falta de elementos pecuniarios en el deudor para cumplir, sino de una imposibilidad general para adquirir las cosas, las materias primas o la mano de obra, en atención a esas circunstancias extraordinarias, de tal suerte que se configure un verdadero caso de

fuerza mayor, por tratarse de un obstáculo inevitable en el pago o cumplimiento. Estimamos en nuestro derecho aplicable la tesis sostenida por el Tribunal del Reich (que según Enneccerus fue reconocida en numerosas decisiones y aceptada por el propio autor mencionado en su décima edición), según la cual el deudor tiene un derecho de resolución cuando, debido a circunstancias que impliquen alteraciones esenciales en la situación económica, producidas por la guerra o la revolución (o por las grandes crisis económicas, según pensamos), la prestación se hubiere convertido, desde el punto de vista económico, en otra completamente distinta de la que originariamente pensaron y quisieron las partes, por lo que forzar al obligado a su cumplimiento, sería contrario a la buena fe. Dados los términos de nuestro artículo 1796, que hace intervenir la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, opinamos que, si no para conferir al deudor un derecho de resolución, sí para obtener una reducción equitativa, debe atenderse a esos obstáculos económicos de carácter general y extraordinario.

8.—*El principio de la imposibilidad subsiguiente en relación con los bienes fungibles o géneros.*—Como principio tradicional se acepta en el derecho civil que los géneros nunca perecen pues precisamente por tratarse de bienes equivalentes e intercambiables, cuyo poder liberatorio es el mismo en los pagos, el deudor siempre tendrá la posibilidad de adquirirlos para poder satisfacer su obligación. La pérdida que sufriera por caso fortuito o de fuerza mayor de bienes que mentalmente hubiere asignado al cumplimiento de una deuda, carece de trascendencia jurídica, pues por tratarse de bienes genéricos, hasta que no se individualicen no se podrá aplicar la regla establecida por la fracción V del artículo 2017, según la cual la cosa perece para su dueño. Dice al efecto el artículo 2022: "Cuando la obligación de dar tenga por objeto una cosa designada sólo por su género y cantidad, luego que la cosa se individualice por la elección del deudor o del acreedor, se aplicarán, en el caso de pérdida o deterioro, las reglas establecidas en el artículo 2017". Es decir, hasta entonces se podrá decidir que la obligación quede sin efecto, en cuanto al que reporte el deber de entregar la cosa, así como que el dueño sufra la pérdida, cuando se trate de una enajenación de cosa que por haber sido ya determinada, importe la traslación de la propiedad, según prescribe el artículo 2015 al declarar que: "En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se trans-

ferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor".

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, pág. 236.

También podemos aplicar el principio del artículo 2022, en cuanto a la regla de que los géneros nunca perecen, considerando que entre tanto no se determinen por la elección del deudor (si tiene este derecho) o del acreedor (en los términos del artículo 2015), carece de relevancia jurídica la pérdida que el obligado sufriere de ciertos bienes fungibles que sólo mentalmente hubiere pensado destinar al pago, sin que llegase a tener exteriorización material su pensamiento, por la elección y determinación de las cosas aceptadas por el acreedor, pues hasta entonces se podría decir que hubo una entrega real, jurídica, virtual o ficta, cuyo efecto consistió en transformar un bien simplemente determinable en determinado. Ahora bien, sólo hasta que se trate de cosas ciertas y determinadas, podemos aplicar el artículo 2014, a fin de que en el caso de pérdida sea el acreedor, quien además se convirtió en dueño, el que tenga que reportar el perecimiento, pues tratándose de enajenaciones de cosas que ya se determinaron en forma individual, la traslación de la propiedad sí se opera por mero efecto del contrato, sin necesidad de una entrega, bastando por lo tanto con que haya habido la individualización del objeto por la elección del acreedor o del deudor, como dice el artículo 2022. Cabe también agregar que los géneros perecen para su dueño, que lo es el deudor entre tanto no se determinen, lo que equivale a sostener que los géneros nunca perecen para el acreedor.

A. Von Tuhr, ob. cit., t. II, pág. 82.

9.—*Fundamentación en el derecho mexicano del principio relativo a la liberación recíproca de las obligaciones bilaterales, cuando el caso fortuito impide el cumplimiento de una de ellas.*—Fuera de las reglas que hemos estudiado para el caso de perecimiento de la cosa objeto de un contrato bilateral, el problema de los riesgos se plantea también a propósito de las obligaciones recíprocas, aun cuando no tengan relación con las cosas. No existe en nuestro Código Civil un principio general que permita a una de las partes liberarse de su obligación, cuando la otra se vea impedida de cumplir la suya por un caso fortuito. Tenemos normas que se refieren al caso de incumplimiento imputable, según las cuales, en los contratos sinalagmáticos, mientras una de las partes no cumpla, la otra no está obligada a cumplir (excepción de contrato no cumplido), o bien, el principio relativo a la condición resolutoria tácita, conforme al cual, el perjudicado por el incumplimiento en un contrato bilateral, tiene la facultad de exigir la rescisión de dicho contrato,

más el pago de daños y perjuicios, o si lo prefiere, demandar el cumplimiento, más la indemnización moratoria. En el Código Civil de 1884, encontramos un sistema más completo que en el vigente, respecto a la regulación jurídica, a través de preceptos expresos, de los mencionados principios. En efecto, los preceptos conducentes dicen así: "En las obligaciones recíprocas ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le corresponde" (Art. 1434). "La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliere su obligación" (Art. 1349). "El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato con el resarcimiento de daños y abono de intereses; pudiendo adoptar este segundo medio, aun en el caso de que habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación" (Art. ... 1350). "Si el obligado en un contrato (ya no se refiere el precepto exclusivamente a los contratos bilaterales) dejare de cumplir su obligación, podrá el otro interesado exigir el cumplimiento de lo convenido o la rescisión del contrato y en uno y otro caso el pago de daños y perjuicios". (Art. 1421). "El contratante que falte al cumplimiento del contrato, sea en la substancia, sea en el modo, será responsable de los daños y perjuicios que cause al otro contratante, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito a los que aquél de ninguna manera haya contribuido" (Art. 1459).

En el Código Civil vigente el artículo 1949 contiene el principio fundamental: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible". No hay en el citado Código un precepto expreso, como el 1434 del ordenamiento anterior, que consagre la excepción de contrato no cumplido; tampoco tenemos el principio general que se refiera a todos los contratos, como el 1421 del Código de 1884, a efecto de facultar al perjudicado en los casos de incumplimiento de la otra parte, para que pueda exigir entre la rescisión o el cumplimiento, más el pago de daños y perjuicios en ambos casos. Sólo de una manera indirecta está reconocido este derecho alternativo en el artículo 1846, para el caso de que se hubiere estipulado una pena por la indemnización compensatoria, pues el precepto declara que: "El acreedor puede exigir el cumpli-

miento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos; a menos que aparezca haber estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque ésta no se preste de la manera convenida". En consecuencia, si el acreedor tiene esa facultad de optar en los casos en que se hubiere estipulado una pena, por la misma razón podrá hacerlo cuando no haya tal convenio, toda vez que en ese supuesto habrá que decir que si el obligado no cumpliere, trátese de contrato unilateral o bilateral, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación o la rescisión del contrato, más el pago de daños y perjuicios siendo éstos los equivalentes a la pena.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, págs. 250 y 251.

De lo expuesto se desprende que no tenemos en nuestro derecho consagrado el principio expreso que faculte en las obligaciones recíprocas a la liberación de una parte, cuando la otra se vea imposibilitada de cumplir por caso fortuito o de fuerza mayor, ya que las normas antes mencionadas, se refieren a los casos de incumplimiento imputable, facultando entonces al perjudicado para exigir la rescisión, es decir, para obtener la liberación en cuanto a su deuda. Ahora bien, creemos que de acuerdo con lo que hemos expuesto al principio de este capítulo, por razones de equidad y de interdependencia de las obligaciones bilaterales, sí debe existir la consecuencia liberatoria para uno de los obligados, cuando el otro, por causas ajenas a su voluntad, no pueda cumplir su prestación. En el Código Civil alemán, el artículo 323 sí consagra como regla general el anterior principio, como observan Enneccerus-Lehmann, pues expresamente se declara que cuando el deudor no pueda cumplir por causas que no le sean imputables, el acreedor se libera también de su obligación de realizar la contraprestación y, si ya la ha hecho, puede repetirla en concepto de enriquecimiento injusto; pero existen algunas excepciones, por ejemplo, en casos de enfermedad en ciertas relaciones de servicios (art. 617). En el caso especial de la compraventa y, en general, para los contratos traslativos de dominio, en el Código alemán se sigue una regla opuesta a la del derecho común y a la que consagró el derecho romano, toda vez que en el caso de pérdida de la cosa se arroja el riesgo sobre el vendedor o enajenante, quedando liberado el adquirente de pagar el precio, e imponiéndosele a aquél la obligación de restituir, para evitar un enriquecimiento injusto, si ya se hubiere pagado el citado precio.

Tomando en cuenta que en los contratos bilaterales, cuando no se refieran a las cosas, el obligado que por causas ajenas a su voluntad se vea impedido de cumplir, no podrá exigir a la otra parte el cumpli-

miento de su prestación, debe decirse que en rigor el riesgo se arroja sobre dicho obligado, toda vez que al perder la contraprestación por un hecho que no le es imputable, él es en definitiva el que soporta las consecuencias inherentes a esa imposibilidad de cumplimiento.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, pág. 253.

Cabría pensar que supuesto que a lo imposible nadie está obligado, la contraprestación sí debería realizarse y, por lo tanto, el riesgo debería ser soportado por la otra parte que no se vio impedida de cumplir. Aplicando lógicamente el principio que acabamos de mencionar, debería de llegarse a ese resultado, pues por virtud del principio de obligatoriedad, que es fundamental en el régimen de los contratos, el contratante que estuviere en la posibilidad de cumplir su prestación debería hacerlo, independientemente de que el otro no pudiere ya dar satisfacción a su deuda. A este respecto observa Kelsen que:

"La regla según la cual 'nadie está obligado a lo imposible' vale no porque se trate de un principio del buen sentido, sino porque es una norma del derecho positivo (Art. 2111 de nuestro Código vigente). La imposibilidad de ejecución es sólo una razón especial para la no ejecución de una norma contractual. Si el derecho positivo ignora esta razón especial, las consecuencias de la ejecución previstas por el mismo derecho positivo, se realizan también en el caso de imposibilidad de ejecución: el deudor queda obligado a reparar el daño causado por el incumplimiento de sus obligaciones. La obligación de reparar supone la validez de la norma contractual que constituye su fundamento último. Si la regla "no se puede quedar válidamente obligado a lo imposible" no es una norma de derecho positivo, no cabe distinguir entre una imposibilidad relativa —que no anula el contrato— y una imposibilidad absoluta, que sí es —según la teoría tradicional— causa de nulidad. La imposibilidad de ejecutar implica una limitación del ámbito, de validez material de la convención, por el mismo título que la ilicitud del objeto". (Kelsen, el Contrato y el Tratado, México, Imprenta Universitaria, 1943, págs. 63 y 64.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA

Caso fortuito o fuerza mayor. Elementos.—Independientemente del criterio doctrinal que se adopte acerca de si los conceptos fuerza mayor y caso fortuito, tienen una misma o diversa significación, no se puede negar que sus elementos fundamentales y sus efectos son los mismos, pues se trata de sucesos de la naturaleza o de hechos del hombre que, siendo extraños al obligado lo afectan en su esfera jurídica, impidiéndole temporal o definitivamente el cumplimiento parcial o total de una obligación, sin que tales hechos le sean imputables directa o indirectamente por culpa, y cuya afectación no puede evitar con los instrumentos de que normalmente se disponga en el medio social en el

que se desenvuelve, ya para prevenir el acontecimiento o para oponerse a él y resistirlo.

Amparo directo 4010/75. Sindicato de Empleados de Centralab-México, S. A. C.R.O.C. 27 de junio de 1979. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Leonel Castillo González.

CAPITULO III

De la Evicción y Vicios Ocultos

1.—*Evicción y Saneamiento.*—Hasta ahora nos hemos ocupado de los efectos generales que se derivan del incumplimiento en todo género de obligaciones: de dar, de hacer y de no hacer. Trataremos ahora de las consecuencias especiales que se derivan del incumplimiento de las obligaciones de dar translativas de dominio.

Hemos dicho que las obligaciones de dar implican las siguientes clases: 1º Translativas de dominio. 2º Translativas del uso o goce temporal de una cosa. 3º De restitución de cosa ajena y 4º De pago de cosa debida.

Al primer grupo, obligaciones de dar translativas de dominio, corresponden los contratos de compraventa, permuta, donación, mutuo y sociedad; en todos ellos encontramos que hay una transmisión del dominio.

Al segundo grupo, obligaciones de dar translativas del uso o goce temporal de una cosa, corresponden los contratos de arrendamiento y de comodato.

Al tercer grupo, obligaciones relativas a restitución de cosa ajena, corresponden el depósito, el mandato, el mismo arrendamiento o comodato, en los que el deudor debe, a la terminación del contrato, restituir un bien ajeno. Desde este punto de vista el depositario tiene una obligación de dar que consiste en devolver la cosa ajena, lo mismo que el arrendatario o el comodatario.

Por último, el cuarto grupo, u obligaciones que comprenden el pago de cosa debida, corresponden aquellos contratos como el mutuo, en que el mutuatario tiene la obligación de pagar una cosa que adeuda.

De estas cuatro clases de obligaciones de dar, la primera, o sea, la que se refiere a la transmisión del dominio de las cosas, presenta problemas especiales cuando el enajenante no cumpla debidamente su obligación consistente en trasmitir el dominio al adquirente. Puede haber un incumplimiento total, porque el enajenante no sea dueño de la

cosa y, por consiguiente, no transmita el dominio al adquirente, o parcial, porque transmita una cosa, de la que tiene sólo parte o derechos de copropiedad, o bien, una cosa gravada, o con vicios o defectos ocultos que la hagan inútil para el uso natural al que debe destinarse. Este incumplimiento total o parcial en el enajenante da lugar a dos formas de responsabilidad civil: la responsabilidad por evicción y la responsabilidad por vicios o defectos ocultos.

2.—*Definición de la evicción.*—Hay evicción cuando el que adquiere una cosa es privado en todo o en parte de ella, por sentencia ejecutoriada y en razón de un derecho de tercero anterior a la adquisición. Es decir, la evicción se presenta cuando el enajenante dispone de una cosa que no es suya, o que sólo parcialmente le pertenece. Todo caso de evicción supone la enajenación de una cosa ajena, o perteneciente en parte al enajenante; o bien, de cosa sobre la cual sólo tiene derecho de copropiedad, o que se encuentre gravada con algún derecho real o embargo y se oculte ese gravamen.

Manresa, Comentarios al Código Civil Español, Madrid, 1919, t. X, pág. 183.

"Si el vendedor no logra hacer cesar la evicción propiamente dicha, la acción sigue su curso y termina con la evicción. ¿Cuándo hay evicción? La evicción propiamente dicha es la pérdida de un derecho, como consecuencia de una sentencia. El comprador es condenado a abandonar, total o parcialmente, la cosa que se le había vendido. La palabra "evicción" se deriva del latín e-vincere, evictus, que designaba una derrota judicial". (Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Teoría General de los Contratos, traduc. de José M. Cajica Jr., pág. 223).

En el Código Civil se da la definición que hemos mencionado y que corresponde exactamente a la que nos proporciona la doctrina desde el derecho romano. Dice el Art. 2119: "Habrá evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición".

"Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada.

El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato.

Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor". (Código Civil español).

De esta definición se desprenden los siguientes elementos: a).—La evicción sólo se presenta en las obligaciones de dar traslativas de dominio. b).—Requiere que el adquirente sea privado total o parcialmente de la cosa enajenada. c).—Que esa privación se deba a una sentencia

ejecutoriada, y d).—Que en la misma se reconozca un derecho de tercero anterior a la adquisición.

"Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa vendida. Esta definición contiene tres requisitos esenciales, a saber: 1º—sentencia firme; 2º—privación del comprador de todo o parte de la cosa vendida; 3º—derecho anterior a la compra. Sólo cumpliéndose en el hecho de ser vencido en juicio estos tres requisitos conjuntamente, hay evicción en el sentido legal, surge la acción de evicción y tiene derecho el comprador al saneamiento. Examinémoslos separadamente". (Manresa, ob cit., t. X, pág. 183).

Conforme a estos elementos no habrá evicción cuando el adquirente sea privado por vías de hecho de cosa enajenada, o por medio de resoluciones judiciales que no impliquen sentencias ejecutoriadas. Si es privado por vías de hecho de un tercero, habrá una molestia en su posesión, pero no evicción. El enajenante no está obligado a responder de la evicción, sino cuando por una sentencia ejecutoriada se declara que la cosa pertenece a un tercero y, por consiguiente, se le priva de la propiedad al adquirente. Todo ataque que signifique vías de hecho, puede ser repelido, por el adquirente, mediante los interdictos o las acciones posesorias, según se trate de raíces o de bienes muebles.

El enajenante está obligado a garantizar una posesión pacífica al adquirente, y si los ataques de tercero implican falta de cumplimiento a esta obligación, podrá exigirse el pago de daños y perjuicios, pero no habrá evicción.

Tampoco la habrá, cuando el adquirente sea privado de la cosa por una resolución judicial que no sea sentencia ejecutoriada.

En el Código Procesal se regula para los interdictos de retener y de recuperar la posesión, un procedimiento sumario; y existe la posibilidad de obtener la cosa, cuando el poseedor es despojado de ella, por medio de una resolución que no juzga de la propiedad. De tal manera que el adquirente que se ve privado de la cosa por esta resolución que no prejuzga sobre el dominio, no puede considerar que sufrió evicción, porque ésta requiere que haya sentencia ejecutoriada que le prive de la propiedad.

"Casos asimilados a la evicción.—A la evicción propiamente se asimila:

1º—El caso en que el comprador sucumbe al demandar él mismo a un tercero, en cuyo poder se encuentra la cosa o que ejercite algún derecho sobre ella;

2º—El caso en que, para evitar un juicio inútil, abandone voluntariamente la cosa, cuando sea evidente el derecho del propietario que la reclama;

3º—El caso en que, siendo demandado por un acreedor hipotecario, conserve la cosa pagando al acreedor;

4º—El caso en que conserva la cosa por otro título distinto que la compra que había celebrado, por ejemplo, por haber heredado al verdadero propietario.

En ninguno de estos casos, cumple el vendedor su obligación de procurar al comprador, en virtud de la venta, la propiedad de la cosa; o bien la ha perdido el comprador, o bien la conserva por otra causa". (Planiol, ob. cit., págs. 223 y 224).

Según el Art. 2119, la evicción puede ser total o parcial. La total se presenta cuando el adquirente es privado absolutamente de la cosa, es decir, cuando el enajenante vende una cosa ajena. La evicción parcial ocurre en los siguientes casos: 1º—Cuando el enajenante simplemente es copropietario o dueño en la parte y enajena la cosa como si le perteneciera en exclusivo dominio. La evicción en este caso tendrá por objeto que el copropietario preterido obtenga el reconocimiento de la copropiedad y, por tanto, que el adquirente vea reducidos sus derechos los de simple copropietario sobre parte alícuota, o a que se declare que tiene sólo el dominio sobre una fracción localizada de la cosa. 2º—Cuando el enajenante oculta un gravamen o derecho real sobre la cosa. Puede ocurrir que no manifieste la existencia de una servidumbre voluntaria no aparente, y con posterioridad el titular haga valer su derecho real. Se requiere que sea voluntaria, porque a las legales todo mundo está obligado, y no aparente, porque si lo es, no se tratará de un gravamen oculto. En estas condiciones, el enajenante debe responder parcialmente de la evicción, indemnizando en la medida del valor del gravamen oculto, o bien sufriendo la rescisión del contrato.

Expresamente el Código se refiere al caso de la servidumbre voluntaria, no aparente, como un ejemplo de evicción parcial, en el Art. 2138: "Si la finca que se enajenó se halla gravada, sin haberse hecho mención de ello en la escritura, con alguna carga o servidumbre voluntaria no aparente, el que adquirió puede pedir la indemnización correspondiente al gravamen, o la rescisión del contrato".

Según el Art. 2139 se da el término de un año para ejercitar la acción rescisoria o la de indemnización.

Un tercer caso de evicción parcial ocurre cuando se ha constituido un gravamen antes de la enajenación que no llegó a registrarse en el momento mismo de la venta y que por lo tanto el adquirente no pudo conocer en el Registro Público, pero que por ser previo a la transmi-

sión del dominio, el titular del gravamen logra inscribirlo con cierta anterioridad, aunque sea de horas o de minutos, a la venta misma.

Planiol, ob. cit., págs. 226 a 234.

Generalmente éstos son casos de fraude, en que primero se constituye una hipoteca o un embargo, y se vende inmediatamente la cosa, sin registrar, el mismo día de la constitución de la hipoteca o del embargo, para que el adquirente, al ocurrir al Registro Público, no pueda comprobar la existencia de ese gravamen. Entre tanto se otorga la escritura de compraventa, tiene el titular del gravamen tiempo suficiente para registrarlo y, posteriormente, el adquirente sufrirá una evicción parcial, porque el registro de la escritura de compraventa será posterior al del embargo, de la hipoteca o del gravamen que se hubiese constituido.

En el Art. 2138 se habla en general de una carga o servidumbre voluntaria no aparente; en la doctrina se admite como caso de evicción parcial todo gravamen o derecho real oculto.

3.—*Efectos de la evicción.—El Saneamiento.*—Hemos dicho que el término evicción viene del latín, y significa ser vencido en juicio. En el derecho civil se ha conservado esta locución latina, para considerar que siempre que el adquirente sea vencido en juicio, en razón de un derecho de tercero anterior a la adquisición, el enajenante debe responder indemnizando al adquirente con el valor de la cosa, los gastos del contrato, los del juicio de evicción y con el pago de las mejoras útiles y necesarias. Si procedió de mala fe, además de estas indemnizaciones, debe pagar, a elección del adquirente, el precio que tuvo la cosa en el momento de la enajenación, o en el momento en que sufra evicción (porque la cosa puede tener un mayor valor cuando se dicta la sentencia que causa ejecutoria, así como el de los daños y perjuicios. Además, el enajenante debe pagar las mejoras voluntarias o de mero placer que hubiere hecho el adquirente en la cosa. En el Art. 2126 se determina la responsabilidad del enajenante cuando proceda de buena fe, y en el 2127 se agrava la misma cuando proceda de mala fe. Dicen respectivamente dichos preceptos: "Si el que enajenó hubiere procedido de buena fe, estará obligado a entregar al que sufrió la evicción: I.—El precio íntegro que recibió por la cosa; II.—Los gastos causados en el contrato, si fueron satisfechos por el adquirente; III.—Los causados en el pleito de evicción y en el de saneamiento; IV.—El valor de las mejoras útiles y necesarias, siempre que en la sentencia no se determine que el ven-

cedor satisfaga su importe". "Si el que enajena hubiere procedido de mala fe, tendrá las obligaciones que expresa el artículo anterior, con las agravaciones siguientes: I.—Devolverá, a elección del adquirente, el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición, o el que tenga al tiempo en que sufra la evicción. II.—Satisfará al adquirente el importe de las mejoras voluntarias y de mero placer que haya hecho en la cosa; III.—Pagará los daños y perjuicios". *Por saneamiento se entiende el pago que haga el enajenante al adquirente de todas las prestaciones mencionadas.* En el Código Civil vigente, a diferencia del anterior y del francés, la evicción se reglamenta para todos los contratos de dominio onerosos, y no sólo en relación con la compraventa como se hizo en dichos ordenamientos. Desde el punto de vista doctrinario, es más técnico estudiarla en la forma que lo hace nuestro Código actual, pues no hay razón para limitarla exclusivamente a la venta, ya que existe también la evicción en la permuta, en la sociedad y en algunos casos en el mutuo.

Supone todo caso de evicción, que el derecho de tercero sea anterior a la adquisición; es evidente que si en el momento en que se enajena, el tercero no tiene ningún derecho sobre la cosa, y éste nace después de la enajenación, ya no será imputable al enajenante. Ahora bien, como la evicción supone un incumplimiento de contrato, para que exista, debe serle imputable la enajenación, y sólo le es, cuando el tercero tenga un derecho anterior a la enajenación.

En la doctrina se acepta un caso en que se considera que aunque el derecho del tercero nazca después de la adquisición, es imputable al enajenante, y este caso ocurre cuando viene a consumarse la prescripción de un tercero, días después de la enajenación. Se supone que el enajenante procede con dolo sabiendo que va a perder la cosa por prescripción, y que justamente ante ese temor, la vende para que la prescripción quede consolidada ya, cuando el adquirente la tenga en su poder.

4.—*Casos en los que no se responderá de la evicción.*—Dispone el artículo 2140: "El que enajena no responde por la evicción: I.—Si así se hubiere convenido; II.—En el caso del artículo 2123; III.—Si conociendo el que adquiere el derecho del que entabla la evicción la hubiere ocultado dolosamente al que enajena; IV.—Si la evicción procede de una causa posterior al acto de enajenación, no imputable al que enajena, o de hecho del que adquiere, ya sea anterior o posterior al mismo acto; V.—Si el adquirente no cumple lo prevenido en el artículo 2124; VI.—Si el adquirente y el que reclama transigen o comprometen el ne-

gocio en árbitros sin consentimiento del que enajenó; VII.— Si la evicción tuvo lugar por culpa del adquirente".

Se discute si puede renunciarse totalmente el saneamiento para el caso de evicción. La discusión se origina por el artículo 2123 que dice así: "Cuando el adquirente ha renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste debe el que enajena entregar únicamente el precio de la cosa, conforme a lo dispuesto en los artículos 2126 fracción I y 2127 fracción I; *pero aun de esta obligación quedará libre, si el que adquirió lo hizo con conocimiento de los riesgos de evicción y sometiéndose a sus consecuencias*". Sin embargo, el propio artículo 2123 permite que la renuncia pueda ser total, así como el artículo 2121 al estatuir: "Los contratantes pueden aumentar o disminuir convencionalmente los efectos de la evicción, y *aun convenir en que ésta no se preste en ningún caso*".

Del artículo 2123 se deduce que cuando simplemente se renuncia el saneamiento, el adquirente debe pagar el precio, pero no los demás gastos; *pero cuando se renuncia expresamente a todas las consecuencias de la evicción y se adquiere la cosa corriendo los riesgos inherentes, no habrá lugar en ningún caso al saneamiento.*

a).—No responderá el enajenante de la evicción, cuando el derecho de tercero sea posterior a la adquisición, no imputable al que enajena, o cuando provenga de hecho del que adquiera, ya sea anterior o posterior. También, cuando la evicción haya tenido lugar por culpa del adquirente.

b).—Cuando el adquirente luego que es emplazado, no denuncia el pleito de evicción al enajenante, éste tampoco responderá de la evicción.

Planiol, ob. cit., pág. 225.

El adquirente está obligado a denunciar el pleito al enajenante, porque éste es el que está en condiciones de defender la propiedad de la cosa; es el que tiene los antecedentes, los títulos y, por consiguiente, cuando el adquirente es demandado por un tercero, debe inmediatamente denunciar el juicio al enajenante, para que esté en condiciones de oponer excepciones, rendir pruebas y alegar; si no denuncia oportunamente, dentro del período de emplazamiento para oponer excepciones, el adquirente no podrá reclamar el saneamiento para el caso de evicción.

c).—Cuando el adquirente proceda de mala fe, y esto ocurre cuando conoce el derecho del tercero y lo oculta dolosamente al enajenante,

de manera que a sabiendas compra cosa ajena, o cuando ambos proceden con mala fe, quedará liberado de toda responsabilidad el que enajenó. Dice el artículo 2129: "Si el que enajena y el que adquiere proceden de mala fe, no tendrá el segundo, en ningún caso, derecho al saneamiento ni a indemnización de ninguna especie".

d).—Cuando el adquirente celebra una transacción con el tercero, o compromete en árbitros el negocio, sin consentimiento del que enajenó, tampoco habrá responsabilidad por evicción.

5.—*Denuncia del pleito de evicción y problemas relacionados.*—Los artículos 2124, 2128, 2132, 2137 y 2140 fracción V, regulan lo relativo a la denuncia del pleito de evicción, precisando algunas consecuencias importantes para el caso de que el enajenate no salga al juicio, o reconozca que carece de medios de defensa, o bien, admita el derecho del que reclama. Dicen dichos preceptos:

Artículos 2124: "El adquirente, luego que sea emplazado, debe denunciar el pleito de evicción al que le enajenó".

Artículo 2128: "Si el que enajena no sale sin justa causa al pleito de evicción, en tiempo hábil, o si no rinde prueba alguna, o no alega, queda obligado al saneamiento en los términos del artículo anterior".

Artículo 2132: "Si el que enajena, al ser empezado, manifiesta que no tiene medios de defensa, y consigna el precio por no quererlo recibir el adquirente, queda libre de cualquiera responsabilidad posterior a la fecha de consignación".

Artículo 2137: "Si al denunciarse el pleito o durante él, reconoce el que enajenó el derecho del que reclama, y se obliga a pagar conforme a las prescripciones de este Capítulo, sólo será responsable de los gastos que se causen hasta que haga el reconocimiento, y sea cual fuere el resultado del juicio".

Artículo 2140: "El que enajena no responde por la evicción: ... V.—Si el adquirente no cumple lo prevenido en el artículo 2124:..."

6.—*Responsabilidad por vicios ocultos de la cosa enajenada.*—El enajenante debe garantizar una posesión útil al adquirente; por consiguiente, responde de los vicios o defectos ocultos de la cosa que la hagan impropia para los usos a que naturalmente se le destine, y que de haberlos conocido el adquirente, no habría hecho la adquisición o habría pagado un precio menor. El artículo 2142 en términos muy generales impone la mencionada responsabilidad para todos los casos de enajenación en los contratos conmutativos, no así en los aleatorios, pues en

éstos, por sus propia naturaleza, debe correr un riesgo que bien puede comprender el estado de la cosa misma. El mencionado precepto estatuye: "En los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la haga impropia para los usos a que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que al haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa". Esta responsabilidad no es otra cosa que una forma de incumplimiento parcial de la obligación. El enajenante no cumple debidamente su prestación, si no entrega una cosa en condiciones de prestar el uso natural o el convenido; cuando la cosa adolezca de un vicio o defecto oculto, la prestación no se realiza en la forma estipulada, o bien, en la forma que de acuerdo con la ley deba cumplirse. Se trata, por consiguiente, en la responsabilidad por vicios o defectos ocultos, de una violación al principio de exactitud en la substancia de la cosa debida. Requiere la ley que los vicios sean ocultos y que hagan la cosa impropia para los usos convenidos, o a los que naturalmente se le destine. En consecuencia, no existe vicio si éste es manifiesto, o bien, si a pesar de ser oculto, el adquirente tenía conocimiento del mismo, o debía tenerlo por ser perito en la materia.

También es requisito esencial que los vicios o defectos ocultos sean anteriores a la enajenación. Los posteriores o los que se deban a hechos del adquirente, no hacen responsable al enajenante. "Incumbe al adquirente probar que el vicio existía al tiempo de la adquisición, y no probándolo, se juzga que el vicio sobrevino después". (Art. 2159).

Nuestro Código Civil reglamenta esta materia en un capítulo general, como formas de incumplimiento de las obligaciones de dar. En el Código de 1884, la responsabilidad por vicios o defectos ocultos se limitaba exclusivamente a la compraventa, siguiendo en esto al Código Napoleón; pero como las reglas de la compraventa se aplicaban por analogía a las obligaciones de dar traslativas de dominio, en la doctrina y jurisprudencia se hicieron extensivas a todo contrato conmutativo que tuviera por objeto prestaciones de dar traslativas de dominio.

También nuestro Código vigente en este sentido supera al francés, por cuanto que la evicción como la materia que nos ocupa, la estudia en un capítulo general relativo al incumplimiento de las obligaciones de dar y no como caso especial de la compraventa. En el capítulo que consagra el Código a la evicción y saneamiento, se refiere en los artículos 2142 y siguientes a la responsabilidad por vicios o defectos ocultos. Se estudia también esta materia como un caso de incumplimiento de las

obligaciones, y por eso en el título que se reserva al mismo, se tratan como formas especiales de incumplimiento en las obligaciones de dar traslativas de dominio, la evicción y la responsabilidad por vicios o defectos ocultos.

Según el artículo 2142, sólo en los contratos conmutativos, es decir, en aquellos contratos onerosos en que las prestaciones son ciertas y determinadas, cabe la responsabilidad por vicios o defectos ocultos. En los onerosos de naturaleza aleatoria, no cabe esa responsabilidad, tomando en cuenta que el riesgo es inherente a la propia naturaleza eventual de esos contratos. Se precisan en el Art. 2142 transcrito, los requisitos para que existan los vicios o defectos ocultos; es decir, que esos vicios hagan impropia a la cosa para el uso a que habría de destinarse. Por lo tanto, un simple defecto de carácter estético que no perjudique el uso de la cosa, no origina la responsabilidad del enajenante.

También indica el Art. 2142 que esos vicios deben ser ocultos, y el 2143 previene: "El enajenante no es responsable de los defectos manifiestos o que estén a la vista, ni tampoco de los que no lo están, si el adquirente es un perito que por razón de su oficio o profesión debe fácilmente conocerlos".

Debe agregarse, además, que tampoco responde el enajenante de los vicios que, aunque siendo ocultos, los haya manifestado al adquirente, o éste los conociere con anterioridad.

Por último, en el Art. 2142 se dice que esos vicios deben ser anteriores a la adquisición, y en relación con este requisito los Arts. 2156 y 2157 precisan que su determinación se hará mediante prueba pericial, y que los peritos determinarán si los mismos fueron anteriores o posteriores a la enajenación. Dicen dichos preceptos: "La calificación de los vicios de la cosa enajenada se hará por peritos nombrados por las partes, y por un tercero que elegirá el juez en caso de discordia". "Los peritos declararán terminantemente si los vicios eran anteriores a la enajenación y si por causa de ellos no puede destinarse la cosa a los usos para que fue adquirida".

7.—*Acciones que nacen en el caso de vicios ocultos.*—El adquirente tiene dos acciones: una rescisoria, llamada en el caso especial redhibitoria, y una compensatoria, para reducir el precio, si no prefiere la rescisión del contrato, que también se denomina acción quanti minoris o estimatoria.

Planiol, ob. cit., pág. 216.

Para el ejercicio de estas acciones el adquirente debe optar por una de ellas, y no puede cambiarla una vez que haya elegido, sin el consentimiento del enajenante. El art. 2144 estatuye: "En los casos del artículo 2142, puede el adquirente exigir la rescisión del contrato y el pago de los gastos que por él hubiere hecho, o que se le rebaje una cantidad proporcionada del precio, a juicio de peritos". "Si se probare que el enajenante conocía los defectos ocultos de la cosa y no los manifestó al adquirente tendrá éste la misma facultad que le concede el artículo anterior, debiendo, además, ser indemnizado de los daños y perjuicios si prefiere la rescisión". (Art. 2145). "En los casos en que el adquirente pueda elegir la indemnización o la rescisión del contrato, una vez hecha por él la elección del derecho que va a ejercitar, no puede usar del otro sin el consentimiento del enajenante". (Art. 2146). "Si la enajenación se declara resuelta, debe devolverse la cosa enajenada en el mismo estado en que se entregó, siendo responsable el adquirente de cualquier deterioro que no proceda del vicio o defecto ocultados". (Art. 2154).

8.—*Modificación por convenio del monto del saneamiento por vicios o defectos ocultos.*—"Las partes pueden restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, siempre que no haya mala fe". (Art. 2158).

9.—*Perecimiento de la cosa.*—"Si la cosa enajenada pereciere o mudare de naturaleza a consecuencia de los vicios que tenía, y eran conocidos del enajenante éste sufrirá la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato con los daños y perjuicios". (Art. 2147). "Si el enajenante no conocía los vicios, solamente deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, en el caso de que el adquirente los haya pagado". (Art. 2148). "Si la cosa enajenada con vicios redhibitorios se pierde por caso fortuito o por culpa del adquirente, le queda a éste, sin embargo, el derecho de pedir el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio". (Art. 2160).

10.—*Prescripción de las acciones redhibitoria y estimatoria.*—"Las acciones que nacen de lo dispuesto en los artículos del 2142 al 2148 se extinguen a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa enajenada, sin perjuicio de lo dispuesto en el caso especial a que se refieren los artículos 2138 y 2139". (Art. 2149).

11.—*Vicios ocultos en la enajenación de animales.*—"Enajenándose dos o más animales juntamente, sea en un precio alzado o sea señalándolo a cada uno de ellos, el vicio de uno da sólo lugar a la acción redhibitoria, respecto de él, y no respecto a los demás, a no ser que aparezca que el adquirente no habría adquirido el sano o sanos sin el vicioso, o que la enajenación fuese de un rebaño y el vicio fuere contagioso". (Art. 2150). "Se presume que el adquirente no tenía voluntad de adquirir uno solo de los animales, cuando se adquiere un tiro, yunta o pareja, aunque se haya señalado un precio separado a cada uno de los animales que los componen". (Art. 2151). "Lo dispuesto en el artículo 2150 es aplicable a la enajenación de cualquiera otra cosa". (Art. 2152). "Cuando el animal muere dentro de los tres días siguientes a su adquisición, es responsable el enajenante, si por juicio de peritos se prueba que la enfermedad existía antes de la enajenación". (Art. 2153). "En caso de enajenación de animales, ya sea que se enajenen individualmente, por troncos o yuntas, o como ganados, la acción redhibitoria por causa de tachas o vicios ocultos sólo dura veinte días, contados desde la fecha del contrato". (Art. 2155).

12.—*Vicios en las cosas remitidas a lugar distinto del de la enajenación.*—"El adquirente de la cosa remitida de otro lugar que alegare que tiene vicios redhibitorios, si se trata de cosas que rápidamente se descomponen, tiene obligación de avisar inmediatamente al enajenante, que no recibe la cosa; si no lo hace, será responsable de los daños y perjuicios que su omisión ocasione". (Art. 2161).

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA LA FECHA

13.—"*Evicción y saneamiento.*—La evicción es el desposeimiento jurídico que alguien sufre de una cosa que había justamente adquirido por título oneroso, o sea el abandono que dicho adquirente tiene que hacer de la cosa, en todo o en parte, por virtud de sentencia judicial dictada a instancia de quien resulte su legítimo dueño, en razón de algún derecho anterior a la adquisición; y el saneamiento es la obligación que se impone al que hizo la enajenación, de devolver al adquirente el precio de la cosa enajenada". (Tesis 187 de la última compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1965, cuarta parte, pág. 587).

14.—*Evicción. Resolución presidencial dotatoria de ejidos. (Legislación del Estado de Jalisco).*—En un contrato de compraventa de un predio rústico la vendedora debe responder de la evicción aun cuando no se obligue expresamente a ello, por disposición del artículo 2039 del Código Civil del Estado de Jalisco, que dice: "Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción aunque no se haya expresado en el contrato". Si al efectuarse la venta ya existía resolución Presidencial dotatoria de ejidos que afectaba el predio materia de la misma, el vendedor debe responder de dicha afectacción conforme determina expresamente el artículo 2038 del Código Civil mencionado, sino necesidad de tenérsele que "denunciar el pleito" puesto que la resolución presidencial no constituye resolución judicial, si además fue dictada y publicada con anterioridad a la compraventa.

Amparo directo 6382/77.—María del Carmen Hernández García Viuda de Sánchez.—23 de octubre de 1978.—5 votos.—Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 115-120. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1978. Tercera Sala. Pág. 45.

Reivindicación, legitimación del vendedor de un inmueble para demandarla.

Aunque el vendedor de un inmueble lo haya enajenado, si tiene interés y legitimación para deducir las acciones reivindicatoria y de nulidad, puesto que es responsable del saneamiento y la evicción respecto al comprador, y nada se opone a que sea declarado propietario, si con anterioridad lo fue su causante, pues la declaración de propiedad a su favor la entrega de la posesión que se le hiciera, le permitirían convalidar la venta efectuada.

Amparo directo 3727/58.—Sexta Epoca, Cuarta Parte. Volumen XXI, Pág. 150. Enriqueta G. Viuda de Blanco. Unanimidad de 4 votos.

TITULO III

INSTITUCIONES PROTECTORAS DEL ACREEDOR

(Incumplimiento de las Obligaciones en Relación con Terceros)

CAPITULO I

Acción Pauliana. Actos en Fraude de Acreedores

1.—*Consecuencias del incumplimiento con relación a terceros.*—Hasta ahora hemos analizado el incumplimiento en relación a las partes en sus distintas formas; pero puede tener consecuencias jurídicas con terceras personas. Esto ocurre cuando el deudor ejecuta actos en fraude de acreedores, o cuando realiza también actos simulados, en uno y otro casos, un tercero entra en relación con el deudor, para que pueda ejecutarse el acto que perjudique el acreedor, o bien el acto simulado. Por esto el incumplimiento viene a ligar una tercera persona, y el derecho concede acciones para proteger al acreedor no sólo en contra de los actos de su deudor, sino de la complicidad del tercero que se ha prestado para realizar un acto fraudulento o simulado. En la doctrina estas acciones que se derivan del fraude de acreedores o de la simulación, se llaman acciones protectoras del patrimonio del acreedor, porque en realidad tienen por fin conservar y proteger su derecho. En el mismo sentido y para alcanzar un fin semejante se han concedido al acreedor respectivamente la acción oblicua y el derecho de retención, aun cuando el Código no reglamenta dichas instituciones en capítulos especiales.

Estudiaremos respectivamente la acción pauliana, la oblicua, el derecho de retención y la simulación de los actos jurídicos.

2.—*Actos en fraude de acreedores.*—Se dice que el deudor ejecuta un acto de fraude de acreedores, cuando lleva a cabo una enajenación o renuncia de derechos, que provoca o aumenta su insolvencia, y que por

consiguiente, perjudica al acreedor. En estas condiciones, éste tiene el derecho de pedir la nulidad del acto ejecutado por el deudor, que originó su insolvencia y lo perjudica. Tradicionalmente se conoce esta acción, con el nombre de pauliana.

En el derecho romano se concedía a una especie de síndico, en representación de los acreedores, la acción pauliana, para revocar los actos que fraudulentamente hubiere ejecutado el deudor originando su insolvencia. Son requisitos de la acción pauliana para atacar estos actos en fraude de acreedores, los siguientes: 1º Que el deudor lleve a cabo una enajenación o renuncia de derechos. 2º Que al ejecutar ese acto dispositivo provoque o agrave su insolvencia. 3º Que el acto dispositivo perjudique al acredor. 4º Que sea posterior al crédito. 5º Que si el acto dispositivo es oneroso, haya mala fe en el deudor y en el tercero que contrató con él.

Analizaremos estos distintos elementos consagrados en el Código vigente. En el art. 2163 se estatuye: "Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción, es anterior a ellos". Relacionando este precepto con los demás artículos referentes a esta materia, resultan los distintos elementos ya mencionados.

1º Que el deudor lleve a cabo una enajenación o renuncia de derechos. Este elemento lo comprende el art. 2163 al hablar en general de actos celebrados por el deudor en perjuicio de su acreedor, pero se desarrolla en los artículos siguientes. El artículo 2164 habla de actos a título oneroso y el 2165 de actos a título gratuito que suponen una enajenación. Además, el art. 2171 fija: "Si el deudor no hubiere renunciado derechos irrevocablemente adquiridos, sino facultades por cuyo ejercicio pudiere mejorar el estado de su fortuna, los acreedores pueden hacer revocar esa renucia y usar de las facultades renunciadas".

2º Que al ejecutar este acto dispositivo provoque o agrave su insolvencia. En el art. 2166 se define la insolvencia en los siguientes términos: "Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas. La mala fe, en este caso, consiste en el conocimiento de ese déficit". En otras palabras, hay insolvencia cuando el pasivo es superior al activo.

El acto dispositivo o la renuncia deben originar la insolvencia o, por lo menos, agravarla. La redacción del art. 2163 es impropia, porque tal parece que sólo se protegen los actos que originan la insolvencia,

pero no los que la agravan, y desde el punto de vista de la finalidad que se persigue en la acción pauliana, el acreedor tiene en ocasiones tanto interés en nulificar un acto que viene a agravar la insolvencia del deudor, como un acto que podría originarla.

3º Que el acto dispositivo perjudique al acreedor. Es un elemento esencial en el ejercicio de la acción pauliana, que exista el perjuicio para el acreedor; tal parece que basta el segundo elemento, es decir, que el acto origine la insolvencia, para que se perjudique al acreedor. Sin embargo, puede éste tener garantías de terceras personas, como fianza, prenda o hipoteca de tercero, de tal manera que a pesar de la insolvencia de su deudor no resulte perjudicado, porque pueda exigir su crédito demandando al fiador o ejercitando la acción prendaria o hipotecaria. Desaparece, por consiguiente, el interés jurídico que requiere el art. 1º del Código Procesal para el ejercicio de cualquiera acción, cuando a pesar de la insolvencia del deudor, el acreedor no resulte perjudicado, gracias a las garantías constituidas por terceras personas.

En relación con este requisito, cabe determinar una distinción importante con el derecho romano. En éste la acción pauliana se concedía, en interés del acreedor, pero no como acción individual, sino colectiva; en los casos de insolvencia del deudor, un representante de los acreedores (especie de síndico del derecho moderno) estaba facultado para vender los bienes del deudor y para ejercitar las acciones revocatorias contra los actos que el deudor hubiese ejecutado en fraude de aquéllos. Por otra parte, el ejercicio de esta acción colectiva no beneficiaba personalmente a determinado acreedor, sino al conjunto de ellos, para aplicar los bienes obtenidos merced al ejercicio de la acción pauliana, y de esta manera distribuir el activo que se obtuviera como consecuencia de esa acción, proporcionalmente entre los acreedores, según el monto de sus créditos.

La acción pauliana sufre una modificación, como acción colectiva, en nuestros Códigos de 1870 y 1884, porque en ellos se concede al acreedor como acción individual el ejercicio de la misma, pero su resultado sigue siendo colectivo; estatuía el Código de 1884 que una vez declarada la rescisión como consecuencia de la acción pauliana, los bienes obtenidos regresaban al patrimonio del deudor para que cumplieran la función de garantizar a los acreedores en general. No permitía, por consiguiente el Código de 1884, que el resultado de la acción pauliana, a pesar de que se intentara por un acreedor determinado, beneficiara a éste exclusivamente. Decía el art. 1699: "Rescindido el acto o contrato,

volverán los valores enajenados a la masa de los bienes del deudor en beneficio de los acreedores".

Se modifica, por consiguiente, el sistema romano, que desconocía el ejercicio individual de la acción para determinado acreedor que quisiera intentarla, pero se mantiene el beneficio colectivo en cuanto al resultado, para que todos los acreedores pudieran disfrutar del mismo. En cambio, en el Código vigente se suprime este último aspecto del derecho romano, estatuyendo que tanto la acción como su resultado son exclusivamente en favor del acreedor que la intenta. Dice el art. 2175: "La nulidad de los actos del deudor sólo será pronunciada en interés de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos".

4º El cuarto requisito supone que el acto dispositivo sea posterior al crédito o créditos que se consideren perjudicados. Es evidente que si el acto dispositivo es anterior al crédito, no podrá invocar el acreedor ningún perjuicio, porque conociendo el estado de insolvencia de su deudor, consintió en que se constituyese dicho crédito. El acto en manera alguna ha afectado a su patrimonio, porque fue anterior a la constitución del crédito; si desde que el crédito nace, el deudor es insolvente, no tiene ningún interés, ni sufre perjuicio el acreedor, para pedir la nulidad de aquellos actos, aunque hubiesen sido fraudulentos.

Manuel Romero Sánchez, La Revocación de los Actos Realizados en Fraude de Acreedores, págs. 137 y 138.

Pero si el acto dispositivo es posterior a la constitución del crédito, es evidente que sí se perjudica al acreedor. En la definición que nos da el Art. 2163 se exige como requisito el de que el crédito en virtud del cual se intente la acción, sea anterior a los actos fraudulentos. Bonnecase nos presenta un ejemplo de procedencia de la acción pauliana, en que el crédito es posterior al acto dispositivo. En ocasiones, para obtener un préstamo, una persona demuestra a su futuro acreedor el estado de su solvencia; le comprueba que es persona suficientemente solvente, porque tiene bienes muy superiores a su pasivo. En estas condiciones logra que se le prometa un préstamo, pero inmediamente después enajena sus bienes, y aunque la enajenación es anterior a la constitución del préstamo, ha habido fraude, porque presentó su patrimonio, y gracias a la solvencia del mismo, el acreedor consintió en prestar una suma de dinero.

M. Romero Sánchez, ob. cit., pág. 151.
Bonnecase, ob. cit., t. II, pág. 163.

5º Si el acto dispositivo es oneroso es menester que haya mala fe en el deudor y en el tercero. En cambio, si la enajenación es a título gratuito, no es necesario que exista mala fe, para que proceda la nulidad. Esta se declara aun demostrando el deudor y el tercero que procedieron de buena fe. Dice el art. 2164: "Si el acto fuere oneroso, la nulidad sólo podrá tener lugar en el caso y términos que expresa el artículo anterior, cuando haya mala fe, tanto por parte del deudor como del tercero que contrató con él". El Código no se refiere expresamente al fraude que se ejecute mediante una resolución judicial, cuyo estudio hace Romero Sánchez en la nota que va al pie.

La razón que se ha tomado en cuenta es la siguiente: En el acto a título oneroso, el tercero paga un precio por la enajenación y, por consiguiente, debe resultar perjudicado si es cómplice del deudor. Se considera que hay mala fe y complicidad, cuando el tercero conoce el estado patrimonial del deudor, de tal manera que sabe que por el acto dispositivo se va a originar o a agravar su insolvencia; si el tercero desconoce ese estado patrimonial, no habrá mala fe, aunque el deudor, como es evidente, sí sepa que su acto dispositivo va a originar su insolvencia, lo propio debe decirse para las sentencias.

M. Romero Sánchez, ob. cit., pág. 163.

Este requisito de la mala fe es el obstáculo principal que en la práctica se presenta para que prospere la acción pauliana. Podrán demostrarse fácilmente los demás requisitos que son de carácter objetivo: la insolvencia, la existencia del crédito anterior, el perjuicio; pero generalmente esta acción no prospera en la mayoría de los casos, porque el acreedor no puede demostrar que el tercero conocía el estado patrimonial del deudor y, por consiguiente, el déficit que originó el acto dispositivo. Como esta mala fe es una sintuación subjetiva muy difícil de comprobar, si no es por confesión del propio tercero o por la existencia de un documento en que así se reconociera, o por presunciones que después estudiaremos, se comprenderá por qué en la práctica ya esta acción ha caído en desuso, y sólo en los casos en que el tercero, por relaciones de parentesco, de sociedad o de negocios conozca el estado patrimonial de su deudor y pueda el acreedor demostrar fácilmente ese conocimiento previo, prosperará la acción pauliana.

Bonnecase, ob. cit., t. II, págs. 160 a 168.

3.—*Naturaleza de la acción pauliana.*—Actualmente esta acción es de nulidad, según lo determina con toda claridad el Art. 2163, en relación con los siguientes que hemos transcrito. En el derecho romano fue revocatoria o rescisoria; en el Código de 1884, lo mismo que en el de 1870, se le reputó rescisoria. No sólo tiene interés desde el punto de vista de la terminología, distinguir si es acción rescisoria o de nulidad, sino un efecto práctico de trascendental importancia. En el Código de 1884 se estimó que la acción era rescisoria, porque el acto de enajenación era en sí válido, pues no llevaba un vicio de constitución.

Decía el Código de 1884 que sólo se rescindían las obligaciones que en sí mismas eran válidas (Art. 1654). El Art. 1659 de ese Código disponía: "Hay lugar a la rescisión: I. En los casos en que se haya cometido fraude en perjuicio de los acreedores al enajenar los bienes del deudor; II. En los que la establece expresamente la ley". En cambio, en el vigente se dice que la acción es de nulidad porque hay vicio de constitución del acto dispositivo. Este es de carácter ilícito, supuesto que se ejecuta en fraude de acreedores, y siendo ilícito debe estar afectado de nulidad y aplicarse las consecuencias de la misma, o sea el efecto restitutorio una vez declarada.

Este carácter ilícito desaparece cuando la enajenación es a título gratuito y el acto se ejecuta de buena fe. Por esto opina García Rojas (Apuntes taquigráficos de su cátedra de Teoría General de las Obligaciones), que cuando la enajenación es a título gratuito, no debe haber nulidad, sino rescisión, y también considera que si se prescribe la nulidad, para que prospere ésta, debe restituirse al tercero el precio que pagó por la cosa, y entre tanto no se le restituya, no puede obligársele a que la devuelva. Esto hace, en concepto de García Rojas, completamente ineficaz a la acción pauliana, porque justamente el deudor insolvente no podrá restituir el precio.

En nuestro concepto, debe interpretarse el Código vigente en la siguiente forma: considerar que los efectos de la nulidad en cuanto a su alcance restitutorio, afectan sólo a las partes; que este efecto sólo procede cuando la nulidad es invocada en cualquier contrato por alguna de ellas, pero cuando es intentada por el acreedor, es decir, por un tercero, para combatir un acto fraudulento, no está obligado, ya que no ha sido parte, a restituir, y el tercero adquirente debe perder el precio como consecuencia de su acto ilícito, de su complicidad en el fraude.

En efecto, si es cierto que el Art. 2239 dispone que la "anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado" también se

desprende del mismo que la anulación del acto obliga a las partes a la restitución, pero que no obliga al acreedor perjudicado, que como tercero intenta la nulidad.

M. Romero Sánchez, ob. cit., págs. 186 y 187.

4.—*Quiénes deben ser demandados en el caso de la acción pauliana.*—Dispone la ley que esta acción debe entablarse en contra del adquirente, y así lo declaran los Arts. 2167, 2169 y 2176 del Código en vigor. Independientemente de que el adquirente debe ser forzosamente demandado, ya que de otra manera no se le podría privar de los bienes adquiridos, también, por un requisito de orden constitucional, a efecto de no violar la garantía del Art. 14 de la Ley Fundamental, es necesario demandar al deudor, pues para declarar la nulidad de un acto jurídico en que éste intervino, es preciso que sea parte en el litigio; de otra manera no podrían afectarse sus derechos derivados de ese acto, sin ser oído y vencido en juicio. Además, confirman esta tesis los Arts. 2174 y 2178 del mismo Código.

Bonnecase, ob. cit., t. II, págs. 168 y 169.

5.—*Presunciones de fraudulencia.*—A efecto de facilitar la prueba en el ejercicio de la acción pauliana, y justificar a base de presunciones la mala fe de deudor y tercero, la ley admite dos presunciones de importancia: 1ª La consagrada en el Art. 2179 del Código Civil: "Se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra quienes se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquiera instancia, o expedido mandamiento de embargo de bienes, cuando estas enajenaciones perjudican los derechos de sus acreedores". 2ª La que reconoce el Art. 2173, conforme al cual "es anulable todo acto o contrato celebrado en los treinta días anteriores a la declaración judicial de la quiebra o del concurso, y que tuviere por objeto dar a un crédito ya existente una preferencia que no tiene".

6.—*Efectos de la procedencia de la acción pauliana.*—Según el Art. 2168 "revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiera habido enajenación de propiedades, éstas se devolverán por el que las adquirió de mala fe, con todos sus frutos".

En este precepto se advierte con claridad que a pesar de que el Código vigente nos dice que la acción pauliana es de nulidad, al precisar sus efectos regula literalmente una revocación del acto fraudulento,

y como consecuencia de la misma, la devolución de los bienes que el tercero adquirió.

Bonnecase, ob. cit., t. II, págs. 169 y 171.

7.—*Efectos de la acción pauliana en relación con segundos o posteriores adquirentes.*—Respecto del primer adquirente, hemos señalado ya los efectos, según el acto sea oneroso o gratuito.

Cuando un segundo o posterior adquirente recibe del primero los bienes objeto de la enajenación impugnada por la acción pauliana, sólo resultará afectado y, por consiguiente, obligado a devolver, cuando a su vez conozca que la enajenación se hizo fraudulentamente, o en otras palabras, cuando proceda de mala fe, sabiendo que originó la insolvencia del deudor; pero cuando proceda de buena fe, a pesar de que el primer adquirente haya obrado en complicidad con el deudor, no quedará afectado, aunque se declare la procedencia de la acción pauliana y, por lo tanto, no tendrá que restituir los bienes adquiridos. En este caso sólo el primer adquirente que procedió de mala fe, tendrá que indemnizar al acreedor perjudicado. Este efecto está previsto en el Art. 2169 que dice: "El que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de los acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios, cuando la cosa hubiere pasado a un adquirente de buena fe, o cuando se hubiere perdido".

El artículo 2167 regula la situación de los subadquirentes, distinguiéndola de la que guarda el primer adquirente. Para aquéllos se requiere para la procedencia de la acción pauliana que hubieren procedido de mala fe. Impropiamente el citado precepto emplea el término "tercer poseedor", en lugar del subadquirente, pero por los términos del mencionado texto legal se desprende fácilmente que alude al ulterior adquirente, pues dice dicho artículo: "La acción concedida al acreedor, en los artículos anteriores, contra el primer adquirente, no procede contra tercer poseedor sino cuando éste ha adquirido de mala fe". En tanto que para el primer adquirente sólo será necesario demostrar tanto la mala fe de él, cuanto del deudor, en los actos onerosos, y no así en los gratuitos, para los segundos o posteriores adquirentes, es indispensable que el acreedor perjudicado acredite que procedieron de mala fe, es decir, haciéndose cómplices del fraude como dice el artículo 970 del Código Civil argentino.

Lafaille, Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones, t. VI, v. I, págs. 131 y 132.

En nuestro derecho se plantea el problema relativo a determinar si los ulteriores adquirentes, en los actos a título gratuito, deben haber adquirido de mala fe para que conforme al artículo 2167 estén obligados a restituir como consecuencia de la acción pauliana. Nuestro precepto no distingue en relación con los subadquirentes, según que el acto sea gratuito u oneroso, como sí lo hace tratándose del primer adquirente. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, es correcta la solución que da el artículo 970 del Código argentino, al no requerir que haya habido mala fe en los segundos o posteriores adquirentes, cuando el acto sea gratuito, pues bastará el elemento perjuicio que aduzca el acreedor como base de su acción, para que ésta prospere contra el que adquirió gratuitamente en una segunda o ulterior enajenación, toda vez que el interés del acreedor es de mayor rango y, por lo tanto, más digno de protección jurídica. Tomando en cuenta que el artículo 2167 exige la mala fe de los adquirentes ulteriores, sin exceptuar a las enajenaciones a título gratuito, y considerando además que el artículo 2169 expresamente resuelve que la acción pauliana no prosperará cuando hubiere buena fe en los citados terceros, supuesto que en este caso sólo estará obligado el primer adquirente a indemnizar al acreedor, estimamos que en nuestro derecho no podría aceptarse la solución prevista por el artículo 970 del Código argentino, al no exigir mala fe en los subadquirentes a título gratuito.

8.—*Distintos actos que pueden ser impugnados por la acción pauliana.*—Ya hemos dicho en términos generales, que todo acto que cause perjuicio a los acreedores por originar o agravar la insolvencia del deudor, se encuentra sancionado con la nulidad por el artículo 2163, que de una manera muy amplia comprende a todos "los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor". Dados los alcances del citado precepto, sólo deben exceptuarse las "omisiones" del deudor aun cuando sean lesivas a sus acreedores, pues en primer término no quedan incluidas dentro de los "actos" a que se refiere la ley, y, además, las mismas son en todo caso objeto de la acción oblicua, en los términos que después indicaremos en el capítulo consagrado a esta otra acción protectora del acreedor.

En los artículos 2170, 2171, 2172, 2173 y 2177 se mencionan distintas clases de actos que pueden ser objeto de impugnación mediante la acción pauliana. El artículo 2170 declara: "La nulidad puede tener lugar, tanto en los actos en que el deudor enajena los bienes que efectivamente posee, como en aquellos en que renuncia derechos constituidos

a su favor y cuyo goce no fuere exclusivamente personal". Además, conforme al artículo 2171, los acreedores pueden revocar la renuncia que hubiere hecho el deudor no sólo de derechos adquiridos, sino de facultades por las cuales pudiere mejorar su patrimonio, a efecto de poder usar de las mismas. En realidad, como después veremos, en este caso más bien los acreedores ejercitarían la acción oblicua al subrogarse en tales facultades del deudor. Dice el mencionado precepto: "Si el deudor no hubiere renunciado derechos irrevocablemente adquiridos, sino facultades por cuyo ejercicio pudiere mejorar el estado de su fortuna, los acreedores pueden hacer revocar esa renuncia y usar de las facultades renunciadas".

Lafaille, ob. cit., t. VI, v. I, págs. 134 y 135.

En el artículo 2172 se decreta la nulidad del pago hecho por el deudor insolvente antes del vencimiento del plazo, y en el 2177 se agrega que: "El fraude, que consiste únicamente en la preferencia indebida a favor de un acreedor, no importa la pérdida del derecho, sino de la preferencia". En el caso del pago anticipado, en realidad se trata de dar una preferencia indebida a un acreedor, pues se parte además de la hipótesis de insolvencia del deudor, lo que lógicamente permitirá que un cierto acreedor cobre antes que los demás y en condiciones que les cause perjuicio, pues de habérsele pagado en la fecha de vencimiento de su crédito, probablemente no hubiere obtenido el pago total, dada la insolvencia del deudor. Además, es de presumirse el fraude dada la situación por la que atraviesa el deudor, por ser manifiesto el acuerdo indebido entre él y el acreedor cuyo derecho no es aún exigible. Justamente el consilium fraudis se pone de relieve ante la conciencia de ambas partes para dañar a los demás acreedores. Ahora bien, en este caso el fraude no importa la pérdida del derecho, sino la de la preferencia indebida, por lo que ese acreedor deberá entrar con los demás para ser pagado según el grado y categoría que le corresponda.

En el artículo 2173 se declara "anulable todo acto o contrato celebrado en los treinta días anteriores a la declaración judicial de la quiebra o del concurso, y que tuviere por objeto dar a un crédito ya existente una preferencia que no tiene". En este caso, median las mismas razones que en el anterior para estimar probado el consilium fraudis y el eventus damni, por ser evidente que al ejecutarse tales actos en un período sospechoso, como es según la ley el comprendido dentro de los treinta días anteriores a la declaración judicial de la quiebra o del concurso, el

deudor se propuso en colusión con un cierto acreedor, otorgarle a éste una situación privilegiada, para perjudicar a sus demás acreedores.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA LA FECHA

9.—"*Acción Pauliana, requisitos de la.*—Los requisitos deben concurrir para que la acción pauliana proceda, son: que de un acto resulte la insolvencia del deudor; que como consecuencia de la insolvencia se cause un perjuicio al acreedor, y que si el acto o contrato fuere oneroso, haya mala fe tanto en el deudor como en el tercero que contrató con él". (Tesis 4 de la última compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1965, cuarta parte, pág. 30).

Acciones pauliana y de simulación, presunción de fraudulencia en las.—(Legislación del Estado de Tamaulipas). La acción pauliana presupone entre sus elementos la existencia de una enajenación a título oneroso o gratuito, de la cual resulte la insolvencia del deudor en perjuicio de su acreedor. La simulación presupone en cambio actos que nada tienen de reales, creados con el propósito de producir un negocio jurídico que no existe, o que es distinto al que llevaron a cabo los simuladores. Mediante el ejercicio de una y otra de dichas acciones, se propende a obtener una declaración de ineficacia de los actos dirigidos a defraudar o engañar a terceros. Por ende nada se pone a considerar que en lo concerniente a la prueba se rigen por principios comunes, particularmente si se toma en cuenta que por el propósito de fraude y engaño de los actos en perjuicio de terceros impugnados a través de ellas, estos se realizan por regla general de manera subrepticia, por lo cual son refractarios a la comprobación mediante pruebas directas, de tal suerte que surge la presuncional como la prueba adecuada. En este orden de ideas, aún cuando es cierto que el artículo 2059 del Código Civil del Estado de Tamaulipas está colocado en el capítulo denominado "de los actos celebrados en fraude de acreedores", es correcto afirmar que la presunción de fraudulencia que establece, opera por aplicación analógica en aquellos casos en que se ejercitó la acción de simulación con la concurrencia de los supuestos previstos en la hipótesis, a saber: "se presumen fraudulentas las enajenaciones a título de oneroso hechas por aquellas personas contra quienes

se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquiera instancia, o expedido mandamiento de embargo de bienes, cuando estas enajenaciones perjudiquen los derechos de sus acreedores.

Amparo directo 1575/69.—José Sandoval García. 12 de junio de 1970. 5 votos, ponente: Mariano Azuela.

CAPITULO II

El Derecho de Retención

1.—*Concepto general.*—El derecho de retención es una de las instituciones protectoras del acreedor, de la misma suerte que las acciones pauliana, de simulación y oblicua, sólo que en el derecho de retención no se trata de impugnar un acto ejecutado por el deudor, generalmente con mala fe, para defraudar a sus acreedores. Simplemente es un recurso creado por la ley para garantizar al acreedor de un posible incumplimiento de las obligaciones por parte de su deudor, conservando determinadas cosas que obran en su poder y que están relacionadas con dichas obligaciones.

En el desarrollo de este tema, seguiremos principalmente a Bonnecase, en el estudio que hace respecto al mismo en su obra ya invocada.

Dice dicho autor que tradicionalmente el derecho de retención se ha definido por Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. XXV, nos. 220 y s. como: "un derecho por virtud del cual una persona que posee o que detenta una cosa perteneciente a otra, está autorizada para conservarla o retenerla en su posesión o detentación hasta que su propietario le pague lo que le deba con motivo de ella".

Bonnecase, ob. cit., t. II, pág. 116.

Conforme a dos sistemas generales procede comúnmente el legislador a propósito de una determinada institución jurídica; definiéndola directamente, o caracterizándola en forma indirecta a través de aplicaciones concretas. En cuanto al derecho de retención, el legislador francés, como sucede en la mayoría de los casos, ha optado por el segundo método. Por esto conviene determinar su naturaleza jurídica en relación con las demás instituciones y fijar su alcance o dominio de aplicación. En el fondo, dice el autor citado "el derecho de retención es en su forma más simple, la expresión del crédito quirografario con prenda individualizada".

2.—*El derecho de retención de acuerdo con las ideas de Colin y Capitant.*—Para estos autores "el derecho de retención es el derecho en virtud del cual el detentador de una cosa perteneciente a otro está autorizado para retenerla hasta que se le haga el pago de una deuda que le es debida por el propietario de dicha cosa". (Cours Elémentaire de Droit Civil Francais, t. II, 6ª ed., pág. 776).

El problema principal que provoca el derecho de retención es el relativo a su oponibilidad respecto de terceros, pues si es oponible además del propietario de la cosa, a los acreedores de éste, tendrá efectos análogos a los de un privilegio, ya que en caso de insolvencia de aquél, sus acreedores, para poder aplicarse en pago la cosa retenida, deberán liquidar íntegramente al retensor el crédito que tenga en relación con la misma.

Afirman Colin y Capitant que el derecho de retención es oponible a los acreedores quirografarios del propietario, ya que éstos no pueden tener mayores derechos sobre la cosa retenida que el mismo dueño; que no es oponible a los acreedores privilegiados o hipotecarios anteriores a la toma de posesión de la cosa por el retensor, tratándose de inmuebles, pues éste ha recibido el bien que detenta en ese estado (cum onere suo).

Afirman Colin y Capitant que en la jurisprudencia francesa siempre se ha reconocido el derecho de retención en los casos en que exista una relación contractual sinalagmática entre el propietario y el retensor relativamente a la posesión del objeto, como en los casos de comodato y mandato, para que el comodatario, mandatario o gestor de negocios, puedan retener la cosa hasta que sean indemnizados de las expensas que

hayan hecho respecto a la conservación de la cosa dada en comodato, o en relación con las cosas o negocios objeto del mandato o de la gestión; que fuera de los casos en que exista liga contractual, la jurisprudencia francesa reconoce el derecho de retención en favor de ciertos acreedores, distinguiendo dos grandes grupos: a).—Cuando no existiendo liga contractual ésta, no obstante, existió entre los interesados y b).—Cuando existe el debitum cum re junctum, o sea, cuando el retensor es acreedor del propietario, no por contrato, sino con motivo de la cosa retenida.

3.—*El derecho de retención conforme a nuestro Código Civil vigente.*—En materia de contratos, el Código en vigor reconoce como casos principales en los que existe el derecho de retención legal, (es decir, sin convenio previo), los siguientes: a).—En favor del vendedor, que de acuerdo con el artículo 2286 puede retener la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para el pago; b).—En favor del mismo vendedor, que según el artículo 2287 también está facultado para retener la cosa vendida, aunque haya concedido un término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador se halla en estado de insolvencia, de suerte que el vendedor corra inminente riesgo de perder el precio, a no ser que el comprador le dé fianza de pagar en el plazo convenido; c).—En favor del comprador, que conforme al artículo 2299 puede retener el precio, cuando fuere perturbado en su posesión o derecho, o tuviere justo temor de serlo, a no ser que el vendedor le asegure la posesión o le dé fianza, salvo si hay convenio en contrario. Este derecho se llama de retención del precio, en tanto que el que goza el vendedor se denomina a su vez de retención de la cosa; d).—En favor de cualesquiera de los permutantes, aplicando por analogía los artículos 2286, 2287 y 2299, referentes a la compraventa, toda vez que el permutante no está obligado a entregar la cosa que se obligó a dar en cambio, salvo pacto en contrario, si no recibe la otra; tampoco estará obligado a entregar, y por consiguiente podrá retener la cosa, si después de la permuta se descubre que la cosa que debe entregar el otro permutante no es de su pertenencia, de suerte que el primero corra inminente riesgo de sufrir evicción; e).—En favor del arrendador, conforme al artículo 2422, para depositar judicialmente el saldo que hubiere en favor del arrendatario al terminar el arrendamiento, en el caso de que tuviere que ejercitar algún derecho en contra de este último; f).—En favor del mandatario, que de acuerdo con el artículo 2579 podrá rete-

ner en prenda las cosas que son objeto de mandato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los artículos 2577 y 2578, es decir, entre tanto el mandante no haya reembolsado al mandatario las sumas que éste hubiere anticipado (aunque el negocio no haya salido bien, con tal de que esté exento de culpa), los intereses sobre las sumas suplidas, y los daños y perjuicios sufridos por el mandatario en cumplimiento del mandato, siempre que no haya culpa o imprudencia de éste. En estos casos procede que el mismo mandatario ejercite el derecho de retención manteniendo en calidad de prenda las cosas que son objeto del mandato; g).—En favor del constructor de cualquiera obra mueble que según el artículo 2644 puede retenerla mientras no se le pague su trabajo, en la inteligencia de que su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra; h).—En favor del porteador, quien conforme al artículo 2662 tiene un derecho preferente para pagarse el crédito por fletes con el precio de los efectos transportados, si se encuentran en su poder, razón por la cual lógicamente debe tener el derecho de retención sobre los mismos efectos, pues de lo contrario su preferencia no sería eficaz; i).—En favor de los dueños de hoteles y casas de huéspedes, para retener el equipaje de los pasajeros, a efecto de que responda preferentemente por el importe del hospedaje. En este sentido dice el artículo 2669: "Los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje; a ese efecto, los dueños de los establecimientos donde se hospeden podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado".

4.—*Casos en los que el Código Civil vigente niega el derecho de retención.*—Expresamente el citado Código niega el derecho de retención al depositario, quien conforme al artículo 2533 no puede retener la cosa, aun cuando al pedírsela el depositante no le haya pagado el importe de los gastos hechos en la conservación del depósito y el de los perjuicios que por él haya sufrido. Al efecto dice el citado artículo: "El depositario no puede retener la cosa, aun cuando al pedírsela no haya recibido el importe de las expensas a que se refiere el artículo anterior; pero sí podrá en este caso, si el pago no se le asegura, pedir judicialmente la retención del depósito". Conforme al artículo 2534: "Tampoco puede retener la cosa como prenda que garantice otro crédito que tenga contra el depositante".

El comodatario también carece del derecho de retención y al efecto el artículo 2509 estatuye: "Tampoco tiene derecho el comodatario para

retener la cosa a pretexto de lo que por expensas o por cualquier otra causa le deba el dueño".

5.—*Dominio de aplicación y efectos del derecho de retención.*— Bonnecase señala dos fases de la jurisprudencia francesa respecto a cambios de importancia en el derecho de retención. En la primera existe una incertidumbre completa, que se manifiesta en dudas y contradicciones, por lo que se refiere a la oponibilidad del derecho de retención respecto a terceros y a su dominio de aplicación.

Bonnecase, ob. cit., t. II, págs. 118 y 119.

En la segunda fase, aún las sentencias no proporcionan soluciones exactas, y así encontramos que en el caso Girard se dice que para que el derecho de retención exista en favor del acreedor que detenta la cosa perteneciente a su deudor, basta que la detentación se refiera a un convenio o a un cuasicontrato que haya dado nacimiento al crédito.

6.—*Controversias doctrinales sobre el dominio de aplicación y efectos del derecho de retención.*—En esta materia distingue el autor citado (ob. cit., t. II, págs. 126 a 133), diversos sistemas o grupos en los grandes comentadores del Código Napoleón, de la manera siguiente:

a).—Sistema restrictivo y rigurosamente exegético, conforme al cual el derecho de retención no existe sino en tanto que lo reconozcan los textos legales y en la medida de los mismos. (Laurent, Principes de Droit Civil Francais, t. III, nos. 284-286, 293-294).

b).—Sistema que admite el derecho de retención aun fuera de los textos y bajo la doble condición de que el crédito del que retiene esté en conexión con la cosa y que la detentación se refiera a un convenio, o por lo menos a un cuasicontrato que haya dado nacimiento a la deuda relacionada con dicha cosa (Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Francais, t. III, No. 256 bis).

c).—Sistema que abandona al poder discrecional del juez el cuidado de acordar o negar el derecho de retención, a falta de un lazo contractual entre las partes, y que se debe a Demolombe. (Cours de Code Napoleon t. IX No. 682), alcanzando a través del mismo un dominio de aplicación más amplio.

d).—Sistema que admite el derecho de retención bajo la condición de que exista conexidad entre el crédito y la posesión de la cosa,

haya o no entre las partes un lazo derivado de un contrato o de un cuasicontrato. (Guillouard, Traité du droit de retention, Nos. 51 y s.).

Al lado de los grandes comentadores del Código Civil francés, Bonnecase menciona un segundo grupo constituido por los intérpretes contemporáneos, quienes parecen haber dudado sobre sus efectos y particularmente respecto al dominio de aplicación del derecho de retención. La preocupación de la mayor parte de ellos ha sido presentar un cuadro de conjunto lo más exacto posible del estado actual de la doctrina y de la jurisprudencia a este respecto, agregando algunas ideas complementarias.

La mayoría de los autores de derecho civil en la actualidad, sucesores de los grandes comentadores del Código Napoleón, no han formado sistemas opuestos a estos últimos, con excepción de Josserand (Cours de Droit Positif Francais, 2ª édit., t. II Nº 1468, et suiv), quien opina que el derecho de retención se refiere esencialmente y por definición al derecho de guardar una cosa respecto de la cual se rehusa su entrega, siendo oponible por el detentador: 1º—Al deudor mismo; 2º—Al propietario; 3º—A los acreedores quirografarios del deudor y del propietario, puesto que no tienen derecho real que oponer al detentador y 4º—A los terceros, es decir, sea a los adquirentes, o a los acreedores hipotecarios o privilegiados, según la opinión dominante tanto en la doctrina cuanto en la jurisprudencia. De esta suerte, según Josserand, el derecho de retención existe erga omnes y estima que su dominio de aplicación debe precisarse mediante una investigación de los diversos textos legales que permitan formular un principio general y una base amplia para el ejercicio mismo.

7.—*Naturaleza específica del derecho de retención.*—También en este sentido existe controversia para determinar la naturaleza real, personal o mixta del derecho de retención.

a).—El derecho de retención se reputa como un derecho personal que se distingue de los privilegios y del derecho real (Laurent y Troplong). Comenta Bonnecase que esta tesis sólo tiene un interés doctrinario, en virtud de que sus protagonistas han concluido que el derecho de retención no es oponible a los terceros.

b).—El derecho de retención se caracteriza como un derecho personal, pero de fisonomía especial, por el hecho de ser oponible a los terceros (Aubry y Rau).

c).—El derecho de retención es un derecho real (Guillouard).

8.—*Punto de vista de Bonnecase respecto a la naturaleza del derecho de retención.*—Según este autor, el derecho de retención no es un derecho real, sino que implica un caso particular de un crédito quirografario con prenda especializada. Estima que en el derecho de retención no se encuentran los elementos que constituyen la naturaleza orgánica de los derechos reales principales o accesorios; que en realidad sólo existe un crédito dotado de una prenda especializada o individualizada. Bonnecase distingue el derecho de retención de ciertas instituciones con las cuales se le ha confundido. Desde luego afirma una diferencia entre ese derecho y la excepción de contrato no cumplido; opina que los textos no favorecen para postular la identificación de esas instituciones, desde el momento en que algunos preceptos admiten el derecho de retención fuera de las relaciones contractuales, lo que claramente indica que ese derecho tiene una naturaleza distinta de la excepción mencionada. Tampoco acepta que haya una especie de compensación y niega la pretendida asimilación que se ha hecho entre el derecho que se comenta y los diversos medios de coacción y de ejecución de que están provistos los acreedores.

Bonnecase, ob. cit., t. II, págs. 144 y 145.

Para Bonnecase, el derecho de retención representa una institución autónoma que no puede confundirse con los derechos reales, pues éstos consisten en el poder del titular para usar directamente la cosa, o si se prefiere, para utilizarla materialmente es su individualidad orgánica; lo mismo debe decirse para los derechos reales de segundo grado, en los que el titular puede llegar a la apropiación total o parcial de su valor económico y tiene los medios legales necesarios para provocar su venta. En cuanto al derecho de retención nada de esto ocurre y los argumentos invocados especialmente por Guillouard son completamente inoperantes, pues es inexacto afirmar, como lo hace, que un crédito no pueda ser oponible a terceros, siendo así que el legislador ha aceptado lo contrario en el artículo 1743 del Código Civil, al admitir que el arrendatario tiene un derecho oponible al adquirente de la cosa arrendada. Además, ni la tradición histórica, ni el Código francés favorecen la tesis mencionada, existiendo una petición de principio cuando Guillouard la sustenta, sólo porque el artículo 1749 admite que el derecho de retención es oponible a terceros, pues entonces el artículo 1743 regularía en el caso aludido un derecho real en favor del arrendatario, lo cual no se acepta por la mayoría de los autores. Por último,

no existen en el derecho de retención los atributos que caracterizan a los derechos reales.

CAPITULO III

Acción Oblicua

1.—*La acción oblicua en el derecho procesal.*—Conforme al artículo 29 del Código de Procedimientos Civiles vigente: "Ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete, o por su representante legítimo. No obstante eso, el acreedor puede ejercitar las acciones que competen a su deudor cuando conste el crédito de aquél en título ejecutivo, y excitado éste para deducirlas, descuide o rehuse hacerlo. El tercero demandado puede paralizar la acción pagando al demandante el monto de su crédito. Las acciones derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor, nunca se ejercitarán por el acreedor. Los acreedores que acepten la herencia que corresponda a su deudor, ejercitarán las acciones pertenecientes a éste, en los términos en que el Código Civil lo permita".

Lafaille, ob. cit., t. VI, v. I, pág. 62.

Conforme al precepto citado, se regula un medio más para que el acreedor pueda protegerse de la inactividad del deudor o de su actuación ilícita, cuando descuide ejercitar las acciones que le competen. Generalmente ocurre que los deudores insolventes, comprendiendo que no tendría ya objeto exigir el pago de sus créditos, dado que el importe de los mismos se aplicará a sus acreedores, pierden todo interés en ejercitar las acciones conducentes, dejan de prescribir los créditos existentes a su favor. También es posible que haya un acuerdo fraudulento entre el deudor de que se trata, con sus propios deudores, para no exigir el pago de determinados créditos a efecto de que prescriban. En estos casos, el derecho ha protegido de una manera eficaz a los acreedores que tengan título ejecutivo, mediante la institución denominada acción oblicua, a efecto de que puedan excitar a su deudor para que ejercite las acciones conducentes y si éste descuida o rehusa hacerlo, el acreedor interesado lo substituirá, para intentar dichas acciones.

Planiol, ob. cit., Obligaciones, traduc. Cajica Jr., pág. 203.

2.—*Alcance de la acción oblicua.*—Como el interés del acreedor no puede ser otro que lograr a través de ese procedimiento indirecto el pago de su crédito, es evidente que el demandado puede paralizar la acción pagando al acreedor demandante el monto de su crédito, así como en la acción pauliana desaparece todo interés en el actor, en los casos en que el tercer adquirente paga el crédito respectivo. Esto no impide que un nuevo acreedor pueda excitar a su deudor respecto del mismo asunto para que si descuida o rehusa intentar las acciones conducentes, entable nueva demanda, pues el demandado conforme al artículo 29 del Código Procesal sólo paralizó la acción del primer acreedor, de tal manera que el propio deudor o un segundo acreedor pueden continuar aquella acción que sólo quedó paralizada por haber desaparecido el interés jurídico del primer demandante.

3.—*Analogía entre la acción oblicua y la acción pauliana, en ciertos casos.*—Existe analogía entre la acción oblicua y el caso de la acción pauliana a que alude el artículo 2171 del Código Civil, cuando el deudor renuncia a facultades por cuyo ejercicio pudiere mejorar su estado de fortuna, pues en este caso los acreedores pueden hacer que se revoque esa renuncia y usar de las facultades renunciadas. En el mismo sentido dispone el artículo 2170 al estatuir que la nulidad en los casos de la acción pauliana puede tener lugar tanto en los actos en que el deudor enajena bienes que efectivamente posee, como en aquellos en que renuncia derechos constituidos a su favor y cuyo goce no fuere exclusivamente personal. En el caso de la acción oblicua, en realidad hay una renuncia tácita de derechos cuando el deudor no los quiere ejercitar.

Lafaille, ob. cit., t. VI, v. I, pág. 119.

4.—*Acciones respecto de las cuales no procede la acción oblicua.*—Conforme al artículo 29 del Código Procesal, las acciones derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor, no podrán ser ejercitadas por el acreedor. Se trata de los derechos personalísimos como el uso y la habitación, en los cuales sólo incumbe al interesado ejercitarlos o no ejercitarlos; o bien, de los derechos subjetivos familiares, como el caso de las acciones de alimentos, divorcio, nulidad del matrimonio, etc., pues independientemente de que se trata de acciones personalí-

simas, no habría ningún interés jurídico en su ejercicio por el acreedor, ya que no le podrían proporcionar algún beneficio patrimonial.

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 206 y 207.

5.—*La acción oblicua en el caso de herencia.*—Conforme al citado artículo 29 del Código Procesal los acreedores que acepten la herencia que corresponda a su deudor, ejercitarán las acciones pertenecientes a éste, en los términos en que el Código Civil lo permita. Al efecto, según los artículos 1673 a 1676 de dicho Código, cuando al heredero repudia la herencia en perjuicio de sus acreedores, pueden éstos pedir al juez que los autorice para aceptar en nombre de aquél. La aceptación sólo aprovechará a los acreedores exclusivamente para el pago de sus créditos, y si la herencia excediere del importe de éstos, el exceso pertenecerá a quien llame la ley, y en ningún caso al que hizo la renuncia. Los acreedores cuyos créditos fueren posteriores a la repudiación, no pueden aceptar la herencia de su deudor. El que por la repudiación de la herencia deba entrar en ella, podrá impedir que la acepten los acreedores, pagando a éstos los créditos que tengan contra el que la repudió.

6.—*Elementos de la acción oblicua.*—De acuerdo con el artículo 29 del Código de Procedimientos Civiles, para que un acreedor pueda intentar las acciones y que competan a su deudor, se requieren los siguientes elementos: a) que su crédito conste en título ejecutivo; b) que el deudor sea excitado por el acreedor para que deduzca la acción de que se trate; c) que el deudor descuide o rehuse ejercitar dicha acción y d) que se trate de acciones que no deriven de derechos inherentes a la persona del deudor.

No obstante que del texto mismo del artículo invocado, sólo se desprenden los elementos antes indicados, debemos acudir a la especulación doctrinaria para completar el cuadro relativo a todo el conjunto de condiciones que desde el punto de vista lógico y jurídico se presuponen para el ejercicio de la acción oblicua.

Ruggiero señala tres requisitos al respecto: 1.—Una maliciosa y negligente inacción del deudor; 2.—Un interés en el acreedor y 3.—Una acción patrimonial del deudor contra tercero.

Bonnecase por su parte precisa las siguientes condiciones: 1a.—Interés en el acreedor y 2a.—Que el crédito del acreedor sea exigible y cierto.

Es la acción procesal por la cual el acreedor demanda un derecho de su deudor a un acreedor de este en virtud de que aquel rehusó hacerlo

A los elementos señalados por Ruggiero, debe agregarse también con carácter discutible, el relativo a una previa autorización judicial para que el acreedor pueda ejercitar las acciones que correspondan a su deudor. En concepto del mencionado autor, es innecesario dicho requisito, por no estar mencionado en la ley.

Dado lo expuesto, estimamos que a la lista de condiciones requeridas por nuestro citado artículo 29 del Código Procesal, deben añadirse las dos primeras que menciona Ruggiero, pues en cuanto a la última, ya está comprendida en el citado precepto, al requerir que se trate de acciones que no deriven de derechos inherentes a la persona del deudor.

Es evidente que debe mediar una maliciosa y negligente inacción del deudor, toda vez que aun cuando no se mencione este requisito por nuestra ley, la naturaleza y fines de la acción oblicua lo presuponen. Los acreedores no podrían substituirse a su deudor, cuando éste no hubiere incurrido en descuido grave o en abandono de sus derechos. Por consiguiente, no habiendo corrido un término suficiente que pudiere hacer pensar en una maliciosa inactividad del obligado, sería arbitrario y, además, atentatorio de la libertad jurídica del deudor, que se facultara al acreedor para intervenir inmediatamente a través de requerimientos o excitativas, que lo apremiaran con verdadera festinación en el ejercicio de sus acciones. En consecuencia, para que un acreedor pueda en nuestro derecho excitar a su deudor en los términos del artículo 29 invocado, debe fundarse en una omisión o negligencia graves, que dentro del criterio normal de las relaciones jurídicas, hagan fundadamente pensar en un cierto daño que pueda sufrir dicho acreedor, dado el tiempo transcurrido y demás circunstancias.

Ruggiero, ob. cit. v. II, pág. 168.

También es necesario que el acreedor invoque, para deducir la acción oblicua, un interés jurídico, que a su vez descansa en un posible daño debido a la inactividad del deudor y a la existencia de un temor fundado de insolvencia o difícil situación patrimonial del mismo obligado. Es indiscutible que el acreedor carecerá de un verdadero interés jurídico, si su deudor fuere solvente, pues ningún daño le causaría por el no ejercicio de sus acciones patrimoniales. Además, carecería de objeto recurrir a una medida indirecta, como es el ejercicio de las acciones del deudor por el acreedor, cuando éste tuviere expedita la vía directa a través de la ejecución en los bienes de aquél. No se requiere, como en la acción pauliana, que haya una situación real de in-

solvencia y, por lo tanto, un daño ya causado; pero sí será menester que medie el peligro de tal insolvencia, con la posibilidad del perjuicio correspondiente.

El requisito a que alude Bonnecase, relativo a la exigibilidad del crédito, no es exigido por nuestro artículo 29, que sí en cambio requiere que el acreedor tenga título ejecutivo, aun cuando esté sujeto a término o condición.

7.—*Características de la acción oblicua.*—Explica Lafaille que la acción de que tratamos se caracteriza por ser individual, indirecta, facultativa, limitada, no subsidiaria, creditoria y benéfica al deudor mismo.

Lafaille, ob. cit., t. VI, v. I, pág. 77.

Todas estas notas de la acción oblicua son ciertas en nuestro derecho. En efecto, el artículo 29 regula dicha acción como individual, porque compete directamente a cada acreedor, siendo muy distinta la situación que se presenta cuando en los casos de quiebra o concurso, el síndico intenta en forma obligatoria las acciones del fallido. Es también una acción indirecta, pues ya hemos visto que según su naturaleza, lo único que hace el acreedor es sustituirse a su deudor para hacer valer en su nombre la acción correspondiente. Asimismo, se otorga este derecho de manera facultativa, por no ser obligatoria al acreedor deducir la acción, aun después de haber excitado al deudor y no obstante que éste descuidare o se rehusare a ejercitar el derecho correspondiente. Expresamente el artículo 29 acepta el carácter limitado de la acción oblicua, al estatuir que el demandado puede paralizarla pagando el crédito del actor, lo que demuestra que, como en el caso de la acción pauliana, calquiera que sea el resultado de su ejercicio, no podrá beneficiar al acreedor en mayor medida de la que le otorgue su derecho. La acción oblicua no tiene el carácter de subsidiaria, por no ser necesario que el acreedor primero intente la acción directa que le corresponda, ni que haga previa ejecución en los bienes del deudor. Sin embargo, ello no impedirá que el demandado pueda excepcionarse alegando el absoluto desinterés jurídico del actor, invocando al efecto la existencia de bienes suficientes en el patrimonio del deudor, que por sí mismos harán innecesaria la vía indirecta. El carácter personal de la acción oblicua se pone de manifiesto por el hecho de que el resultado del litigio seguido por el acreedor en nombre de su deudor, no le otorga una situación privilegiada o preferente respecto de quienes tengan derechos

reales, aun cuando en nuestro concepto, al conferirse dicha acción para que el acreedor pueda ejecutar sobre los valores patrimoniales que por su mediación obtuvo el deudor, le conferirá una preferencia sobre los demás acreedores del propio deudor. Por último, aun cuando es cierto que por virtud de la acción oblicua el acreedor se beneficia, también es menester admitir que su resultado beneficiará al deudor mismo, por cuanto que el exceso obtenido sobre el crédito del demandante, habrá de ingresar en el patrimonio del obligado, para beneficio propio y, por lo tanto, para mejorar la situación de los demás acreedores, toda vez que está en tela de juicio la solvencia misma del deudor.

8.—*Fundamento de la acción oblicua.*—Seguiremos a Bonnecase en el estudio que hace respecto al fundamento doctrinal de la acción subrogatoria u oblicua.

Fue Labbé el primero que en su monografía (De l'exercice des droits d'un débitur par son créancier), publicada en la Revue critique, 1856, t. XI, pág. 208, se ocupó de fundamentar jurídicamente el derecho que tiene el acreedor para ejercitar en nombre de su deudor, las acciones patrimoniales de éste. En su concepto, la acción oblicua se deriva del procedimiento de ejecución reconocido en el derecho romano, por virtud del cual se ponía en liquidación todo el patrimonio del deudor que había sido condenado, encargándose un curador de pagar a los acreedores con el producto que se obtuviere.

"Sin embargo, —dice Demogue— t. VII, no. 921, históricamente, el derecho romano tendía ya a admitir que el acreedor puede perseguir al deudor de su deudor. La acción oblicua, desconocida en el derecho romano clásico, donde la missio in bona era una venta en bloque, apareció indirectamente con la bonorum distractio, que era una venta en detalle, pero en la cual un curador ejercería las acciones del deudor. Fueron los glosadores quienes admitieron que cada acreedor podía ejercitar los derechos de su deudor, habiéndose desarrollado la idea en el antiguo derecho. Donneau, Guy Coquille, aceptaron el principio. Pothier en varias ocasiones, menciona esta acción del acreedor". (Bonnecase, ob. cit., t. II, pág. 154).

Para Planiol y Ripert (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, t. VII, no. 898), el fundamento de la acción oblicua se encuentra en la prenda tácita reconocida por el artículo 2092 del Código Napoleón en favor de los acreedores y respecto de todo el patrimonio de su deudor.

"La acción oblicua, no es una medida de conservación, ya que no se limita a asegurar el mantenimiento del estado de cosas existentes en el patrimonio del

deudor. Implica además el ejercicio de un derecho y de una acción, no utilizada hasta ese momento, suple la ausencia de embargo en cuanto a ciertas acciones judiciales; pero, tampoco es una medida de ejecución. El acreedor, sin duda alguna, cuando recurra a ella, se propone un embargo posterior; si hace entrar en el patrimonio de su deudor los valores que éste descuidaba recuperar, es con la finalidad de emplearlos más adelante en pago de sus propios créditos. Según la intención del acreedor es exacto decir que la acción indirecta va unida a un embargo. Pero, jurídicamente no depende del embargo, ni constituye una primera fase del mismo. El acreedor solamente desea comprobar, en su consistencia exacta, el patrimonio del deudor; después, por un procedimiento diverso, aplicará a ese patrimonio reconstruido las vías de ejecución".

Se ha recurrido a distintas instituciones para justificar la situación anómala que se presenta en el caso de la acción oblicua, toda vez que se deroga el principio general de que, como dice nuestro artículo 29 del Código Procesal: "Ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete, o por su representante legítimo". Al efecto, como explica Lafaille algunos piensan que el acreedor actúa por virtud de una cesión tácita que le hace el deudor; otros recurren a la teoría del mandato en propia causa (procuratio in rem suam). También se han invocado las teorías del mandato legal, de la substitución procesal y del título propio.

Lafaille, ob. cit., t. VI, v. I, págs. 66 a 68.

CAPITULO IV

SIMULACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

1.—*La simulación.*—Este es otro medio al cual puede recurrir el deudor para perjudicar a sus acreedores. Por consiguiente, esta materia debe estudiarse en el capítulo general del incumplimiento de las obligaciones en relación con terceras personas.

"Hay simulación cuando se celebra una convención aparente, cuyos efectos son modificados o suprimidos por otra contemporánea de la primera, y destinada a permanecer en secreto. Esta definición supone, pues, que hay identidad de partes y de objeto, en el acto ostensible y en el secreto. El acto secreto se llama contradocumento (contre-lettre)". (Planiol, ob. cit., Obligaciones, pág. 106).

"Mientras que en la simulación se hace aparecer lo que no es, en el disimulo se oculta lo que es. La una provoca la creencia falsa de un estado no real, el otro oculta al conocimiento de los demás una situación existente. Aquélla, tiende

a una ilusión externa: éste, a una ocultación interna". (Francisco Ferrara, La simulación de los negocios jurídicos, traduc. de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Madrid, 1926, ob. cit. págs. 59 y 60).

2.—*Acto ostensible y acto secreto.*—En toda simulación, como explica la doctrina, y principalmente Planiol, hay un acto ostensible y un acto secreto. El ostensible es el acto falso, que se ejecuta para que sea conocido por los terceros y, principalmente, por los acreedores, cuando la simulación se realiza para perjudicarlos. En ese acto las partes declaran falsamente lo que en realidad no ha pasado o se ha convenido entre ellas, si se trata de dar apariencia o distinto carácter al negocio jurídico en la simulación relativa.

El acto secreto es el acto verdadero, en el que las partes declaran que en realidad no ha pasado nada de lo que se consigna en el acto ostensible, y que por lo tanto, el convenio o el acto jurídico que el mismo encierra, es inexistente, de tal manera que no producirá ningún efecto; o bien, si se trata de una simulación relativa, en el acto secreto las partes determinan la verdadera naturaleza del mismo. El acto secreto, que generalmente se consigna en un documento llamado "carta de resguardo", tiene por objeto proteger al supuesto enajenante para que la enajenación no se invoque en su contra por el falso adquirente; o bien, precisar la verdadera naturaleza del acto, en la simulación relativa, para que una de las partes no pueda aprovecharse de todas las consecuencias que aparentemente podrían deducirse del acto ostensible. Descubierto el acto secreto, queda sin efecto el ostensible. Aquél puede ser descubierto por un tercero o por una de las partes, cuando la otra pretenda aprovecharse del acto ostensible. La prueba del acto secreto, mediante la carta de resguardo, se considera plena, para destruir todas las consecuencias o efectos del acto ostensible, y puede traer consecuencias de orden penal si de la simulación misma se caracteriza un delito, en los términos del artículo 387 del Código Penal vigente en el Distrito Federal que se refiere a la simulación de contratos o actos jurídicos.

"En la simulación, pues, los contratantes están de acuerdo sobre la apariencia del acto que no llevan a cabo realmente, o bien en aquella forma visible de que se sirven como un instrumento para engañar a los terceros.

Los requisitos del negocio simulado son, por tanto, los tres siguientes:

1º—Una declaración deliberadamente disconforme con la intención;

2º—concertada de acuerdo entre las partes;

3º—para engañar a terceras personas.

Lo más característico en el negocio simulado es la divergencia intencional entre voluntad y declaración. Lo interno, lo querido, y lo externo, lo declarado, están en oposición consciente. En efecto, las partes no quieren el negocio; quieren solamente hacerlo aparecer y, por eso, emiten una declaración disconforme con su voluntad, que predetermina la nulidad del acto jurídico y, al mismo tiempo, sirve para provocar una ilusión falaz de su existencia. Los que simulan pretenden que a los ojos de los terceros aparezca formada una relación que, en realidad, no debe existir, pero de la cual se quiere mostrar una exterioridad engañadora mediante una declaración que carece de contenido volitivo. Se trata, pues, de una declaración efímera, vacía, ficticia, que no representa una voluntad real y es, por lo mismo, nula, destinada únicamente a deslumbrar al público". (Ferrara, ob. cit. págs. 61 y 62).

3.—*Simulación y reserva mental.*—En la simulación, las partes, de una manera consciente, ocultan en el acto ostensible su verdadero propósito, reservándose para el acto secreto, la declaración verdadera de los efectos jurídicos que realmente se propongan llevar a cabo. En cambio, en la reserva mental, sólo una de las partes, cuando los actos son plurilaterales, o el autor de los mismos en los unilaterales, oculta el significado cabal e íntegro de su declaración de voluntad, con el fin de provocar alguna duda o ambigüedad en la interpretación del acto jurídico, para aprovechar dolosamente esa circunstancia en un momento posterior.

Ferrara, ob. cit. pág. 79.

4.—*Simulación y error.*—El error en los actos jurídicos implica también, como la simulación y la reserva mental, una disconformidad entre lo declarado y lo querido; pero a diferencia de estas últimas, esa disconformidad se produce de manera inconsciente. Justamente la existencia del error impide que su autor se dé cuenta de la divergencia que media entre lo que verdaderamente hubiere manifestado de conocer la realidad en forma exacta y precisa, y lo que en rigor declaró por ignorarla o tener un falso concepto de la misma.

Enneccerus expresamente considera que en el error hay una disconformidad inconsciente que da lugar a una nulidad que depende de la voluntad del que incurrió en ella, pues debe reclamarla en cierto tiempo y, además, puede renunciar a la misma en forma tácita, si no la hace valer, o en forma expresa, por una ratificación del acto, una vez conocido el error. De ahí que Savigny llamase al error por disconformidad entre la voluntad y la declaración, "error impropio" y hoy se le denomine "error en la declaración". (Enneccerus, ob. cit., t. I, v. II, págs. 185 y 186).

En la simulación, ya hemos dicho que existe una disconformidad consciente y plenamente querida por ambas partes, entre lo manifestado y el verdadero fin que se proponen al celebrar el negocio jurídico. Además, en el error la disconformidad sólo es uno de los autores del acto, en tanto que en la simulación, es común. La finalidad también es distinta: en el error existe el propósito de realizar el acto, sin la intención de engañar a alguien; en tanto que en la simulación ni se realiza aquél, ni hay ausencia de engaño.

5.—*Diversas clases de simulación.*—Existen dos, principalmente: la absoluta y la relativa. La absoluta ocurre cuando el acto simulado nada tiene de real; la relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter. Dice en este sentido el artículo 2181 del Código Civil vigente: "La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter".

Estas dos especies se comprenden por la ley dentro del género de la simulacion lato sensu, que el Art. 2180 define en los siguientes términos: "Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas".

Planiol, ob. cit., Obligaciones, pág. 107.

6.—*Simulación absoluta.*—De las distintas formas de simulación, la absoluta es la más importante y, por lo tanto, la que da origen a los mayores problemas jurídicos.

Propiamente es la que reclama mayor atención en el estudio de las instituciones protectoras del acreedor, pues a través de ella, el deudor generalmente logra evitar la ejecución sobre sus bienes, aparentando ante los terceros que su activo patrimonial es distinto del que realmente posee.

En el negocio absolutamente simulado, no hay consentimiento ni objeto que pueda ser materia de él.

Ferrara, ob. cit. págs. 191 y 192.

7.—*Simulación relativa.*—Hemos dicho ya que conforme al artículo 2181 del Código Civil vigente, la simulación "es relativa cuando

a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter". También hemos explicado que conforme a la definición general de simulación consagrada en el artículo 2180, la característica común de las dos formas de simulación (la absoluta y la relativa) consiste en la declaración falsa que hacen las partes de lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas. Ahora bien, tal parece que en la simulación relativa no puede haber una declaración totalmente falsa de lo que en realidad no se llegó a estipular entre las partes, pues bajo la falsa apariencia de un acto jurídico que se simula, existe de manera oculta un acto jurídico verdadero, en relación con el cual sí se ha convenido por los interesados para producir determinadas consecuencias, pero se disfraza ese acto real con una capa o envoltura que oculta su verdadero carácter, dándole por lo tanto una naturaleza o clasificación distinta. Es así como las partes pueden celebrar una donación ejecutando realmente la transmisión gratuita de una cosa que pasa del patrimonio del donante al del donatario, pero le dan la falsa apariencia de una compraventa, para ocultar el verdadero carácter de enajenación gratuita. Precisada así la forma en que opera la simulación relativa, deberá entenderse la definición general que nos da el artículo 2180 para todo acto simulado, en el sentido de que tratándose de la simulación relativa, la declaración de las partes respecto de lo que no han convenido, no es totalmente falsa; en cambio, para la simulación absoluta, dicha declaración sí lo es en toda su integridad, pues en ella el acto nada tiene de real.

En el Código Civil de 1884, el artículo 1685 contenía la definición general que reproduce el 2180 del vigente, pero no se hizo la clasificación respecto a las dos formas aludidas y, por lo tanto, no se llegó a definirlas como lo hace el ordenamiento en vigor.

Sobre la simulación relativa se expresa así Ferrera:

"La simulación relativa consiste en disfrazar un acto: en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero que ocultan bajo una forma diversa, de tal modo que su verdadera naturaleza permanezca secreta. La figura aparente del negocio sólo sirve para engañar al público; pero, detrás de esa falsa apariencia, se esconde la verdad de lo que las partes han querido realizar y sustraer al conocimiento de los terceros. De aquí que con frecuencia se le designe. ya como negocio simulado (Dernburg), enmascarado (Seuffert), velado (Bekker) ya como decían los escritores medioevales, coloratus, figuratus, depictus, de donde proviene el aforismo colorem habet, substantiam vero alteram". (Ferrara, ob. cit. pág. 223).

De conformidad con lo dispuesto por nuestro artículo 2182 del Código vigente, una vez descubierto el acto verdadero que se oculta en toda simulación relativa, dicho acto no estará afectado de nulidad en principio, a no ser que expresamente haya una ley que así lo declare. En consecuencia, el mencionado acto será válido si reúne todos los requisitos esenciales y de validez exigidos respectivamente por los artículos 1794 y 1795, consistentes respectivamente en el consentimiento, objeto que pueda ser materia del contrato (en cuanto a la existencia del mismo), capacidad legal de las partes, ausencia de vicios de la voluntad, objeto motivo o fin lícitos y observancia de las formalidades legales (en cuanto a la validez del acto).

Aun cuando en el artículo 2182 nada se dice respecto a la suerte que corra el acto simulado que sirva de disfraz al verdadero, es evidente que una vez que se descubra esa apariencia falsa, se originará necesariamente la nulidad de tal acto, pues justamente el objeto de la investigación será el de eliminar la envoltura o disfraz que falsamente encubren al negocio verdadero.

8.—*Naturaleza de la simulación.*—De la definición propuesta se desprende que en la simulación absoluta, el acto jurídico es inexistente, porque las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o se ha convenido entre ellas; *pero lo hacen en tal forma, que el acto jurídico nada tiene de real.* Su inexistencia se manifiesta por la falta de los dos elementos esenciales: el consentimiento y el objeto. En efecto, falta el consentimiento, porque éste supone el acuerdo de voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones derechos. En la simulación absoluta no hay ningún acuerdo de voluntades para producir alguno de esos cuatro efectos. Por el contrario, las partes saben de antemano que no habrá creación, transmisión, modificación o extinción de algún derecho u obligación. Desde este punto de vista, ese acuerdo de voluntades para no producir efectos jurídicos, no puede reputarse técnicamente como un consentimiento, pues éste no sólo se caracteriza por el concurso de dos o más voluntades, sino principalmente por el fin jurídico que persigue al producir alguno de los cuatro efectos ya citados. De la misma manera que no existe consentimiento cuando dos personas se ponen de acuerdo para dar un paseo, aunque haya concurso de voluntades, en la simulación tampoco existe ese consensus jurídico por la carencia absoluta de efectos.

También falta el otro elemento esencial, consistente en el objeto, pues éste en forma directa consiste justamente en la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones y derechos, y ya se ha dicho que en la simulación no existen esas consecuencias, pues por definición, ni hay obligación alguna, ni menos aún prestación por realizar, pues la aparentemente cumplida, en rigor, para las relaciones internas de las partes, no llega a ejecutarse.

En cuanto a la simulación relativa, no hay ni inexistencia, ni siquiera nulidad en todos los casos. Dispone el Art. 2182 que "descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare". Es decir, como en la simulación relativa el acto jurídico existe, pero sólo se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter, hay consentimiento y objeto, ya que las partes se proponen realizar un efecto jurídico; pero disfrazan ese efecto, clasificando el acto en una forma falsa, distinta de la realidad.

Ferrara, ob. cit., págs. 303 y 304.

Pero puede suceder que al alterar la naturaleza jurídica de un acto o contrato, para darle una falsa apariencia, no se persiga ningún fin ilícito, ya que no se perjudique ni a los acreedores, ni al fisco en general, y sólo por razones de interés exclusivo del deudor, que a éste afectan únicamente, se disfraza el acto dándole una naturaleza jurídica falsa. En este caso, no habrá nulidad alguna y es por esta razón que declara el Art. 2182 que no siempre la simulación relativa origina la nulidad, sino sólo cuando la ley lo determine así. Ahora bien, la ley sólo puede estatuirla cuando se lesionen derechos de tercero.

9.—*Naturaleza de la simulación según el Art.* 2182 *del Código en vigor.*—De acuerdo con ese artículo, la simulación absoluta no produce efectos jurídicos. De este precepto no se desprende con claridad si se trata de inexistencia o de nulidad. Conforme a una técnica jurídica estricta, y por las razones expuestas, en la simulación absoluta hay una inexistencia. Sin embargo, el Art. 2183 del propio Código, al referirse a la simulación absoluta, nos dice: "Pueden pedir la *nulidad* de los actos simulados, los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público, cuando ésta se cometió en transgresión de la ley o en perjuicio de la Hacienda Pública". De este precepto se desprende que en rigor, la carencia de efectos a que se refiere el Art. 2182, es sancionada con la nulidad.

Aun cuando en puridad de doctrina, en la simulación absoluta hay inexistencia, desde el punto de vista práctico, y atendiendo a lo dispuesto por el Art. 2184, el legislador ha tenido razón en aplicarle la técnica propia de las nulidades, si se juzgan los efectos de la simulación con relación a terceros de buena o mala fe. Es decir, entre las partes la simulación absoluta debe clasificarse como una inexistencia. En cambio, para determinar los efectos del acto simulado con relación a terceros, en rigor éste debe considerarse como afectado de mayor o menor ineficacia según haya mala o buena fe por parte de ellos. En efecto, el Art. 2184 dice: "Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución. También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de terceros de buena fe". Es decir, con relación al primer adquirente, el acto simulado no produce efectos por ser inexistente; pero cuando este primer adquirente entra en relación jurídica con un tercero de buena fe, y le enajena la cosa o derecho que en rigor no le fue transmitido por el enajenante, el tercero no puede resultar perjudicado, siempre y cuando lo sea a título oneroso. Se nota que en este caso, al no existir la restitución de la cosa o derecho que fueron objeto de la simulación y que posteriormente pasaron al tercero de buena fe, el Art. 2184 le está dando efectos jurídicos a la simulación absoluta. En el mismo sentido, cuando el falso adquirente impone un gravamen respecto de la cosa objeto de la simulación, en favor de un tercero de buena fe, subsistirá dicho gravamen, a pesar de que se declare que el acto fue simulado.

Ferrara, ob. cit., págs. 313 y 314.

10.—*Diferencias entre la simulación y la acción pauliana.*—Hay una diferencia importante entre los actos simulados y los actos impugnables por la acción pauliana. En esta clase de actos se realizan enajenaciones verdaderas a título oneroso o gratuito, que perjudican a los acreedores del enajenante; en cambio, en los actos simulados en forma absoluta, no existe ninguna enajenación, por ser falsos, pero el efecto puede ser aparentemente el mismo que en el caso de la acción pauliana, o sea, perjudicar a los acreedores o terceros en general.

En los actos simulados también se persigue, generalmente, provocar o agravar la insolvencia del deudor, aunque en una forma aparente, y por esto los acreedores tienen acción para pedir la ineficacia de los mismos.

En el Código de 1884, para los casos de simulación se concedía una acción de nulidad y para los actos en fraude de acreedores por ser verdaderos, se otorgaba la acción pauliana como rescisoria. Independientemente de esta diversa naturaleza de los actos mencionados, existe otra en cuanto a los efectos que producen: la acción pauliana sólo es procedente cuando el acreedor resulta perjudicado y la insolvencia debe originarse, precisamente por virtud del acto fraudulento; en cambio, en la simulación, aunque el acreedor no resulte perjudicado en el momento en que se realice, si posteriormente, por otros actos del deudor, por ejemplo, por malos negocios, resulta insolvente a pesar de que se había reservado bienes bastantes para cubrir su pasivo, no obstante, pueden los acreedores invocar la nulidad del acto simulado, considerando que aunque no originó la insolvencia de su deudor, como el acto es falso, en realidad los bienes que aparentemente son de un tercero, pertenecen al propio deudor y, por lo tanto, tienen interés jurídico dichos acreedores, en que se determine su verdadero patrimonio mediante la declaración de nulidad (propiamente inexistencia) de los actos simulados.

En el caso de la acción pauliana, un acreedor no podrá pedir nulidad, si la insolvencia no se origina inmediatamente como consecuencia directa del acto dispositivo, aunque sobrevenga después por otros actos o negocios, precisamente porque ese acto es verdadero y la enajenación es real. En cambio, en la simulación, por ser inexistente el acto, simplemente se trata de investigar la verdadera situación patrimonial del deudor, ya que éste responde con todos sus bienes presentes y futuros en favor de sus acreedores, y si tiene un bien aparentemente a nombre de otro, debe restituirse a su verdadero dueño.

Ferrara, ob. cit., págs. 450 a 453.

"Simulación de contrato.—La acción de nulidad por simulación sólo puede ser intentada por los terceros que resulten perjudicados con dicha simulación y no por los contratantes.

	Págs.
Tomo LXXXII.—Menocal Malo de Portillo Virginia y Coags.	3057
Tomo LXXXIV.—Molina Flores Vicente	1921
Tomo LXXXV.—Ordóñez Román	929
Tomo XC.— Limón Hernando	1140
Tomo XCI.—Parapar Modesto Infante	327

Tesis Nº 1015 del Apéndice al Tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación, página 1826.

Actualmente esta tesis ya no está vigente, habiéndose sentado jurisprudencia

en el sentido de que también las partes pueden pedir la nulidad del acto simulado.

Conforme al Código Civil vigente tanto la pauliana como la simulatoria son acciones imprescriptibles, caracterizadas como de nulidad absoluta. En el Código de 1884 para la acción pauliana se fijó un término de cuatro años para su ejercicio. (Artículo 1660).

"Simulación y acción pauliana.—Ante la situación de hecho, de haberse deducido las acciones de simulación y pauliana, la preferencia en el estudio de ellas corresponde a la de simulación, pues es indudable que si ésta procede, no habiendo contrato, es improcedente la pauliana, que sólo puede prosperar si no existe la simulación". (Tomo LXV del Semanario Judicial de la Federación, Aguirre Serapio y Coags. Pág. 4608).

11.—*Diferentes teorías que se han elaborado para determinar los efectos del acto simulado en relación con los terceros.*—Según la teoría de Kohler, los efectos del acto simulado nunca deberán invocarse en perjuicio de los terceros adquirentes de buena fe. Invoca el citado autor como fundamento de su tesis el principio general que prevaleció en el derecho romano a efecto de proteger y tutelar la buena fe.

Ya hemos visto que en nuestro Código Civil vigente, el artículo 2184 sólo protege a los adquirentes a título oneroso y de buena fe a quienes uno de los simulantes, es decir, aquel a quien fingidamente se transmitió la cosa, la hubiere enajenado. En nuestro derecho, por lo tanto, no basta para el caso de adquisición que el tercero hubiere adquirido de buena fe, sino que se refiere además que lo sea a título oneroso.

"El intento más atrevido de justificar, según las fuentes, la protección a los terceros, ha sido hecho por Kohler, quien ha querido deducir el principio de la protección de todo el conjunto orgánico, del espíritu del derecho romano. "Cada página del Corpus iuris, escribe Kohler, nos dice que la fides, esta virtud nacional romana admirablemente apreciada, nunca concedía un disfrute del rígido derecho de propiedad en contra de la lealtad y de la buena fe. No creo que ningún jurisconsulto romano hubiera admitido la rei vindicatio si el reivindicante hubiese vendido la cosa en público mercado y quisiera después, frente al tercer adquirente, acogerse al acuerdo establecido en secreto con el primer comprador. Punica fides! habrían exclamado todos y no quedaría duda posible de la victoria de la exceptio doli". En apoyo de esta tesis Kohler recuerda algunos casos en que la rei vindicatio queda excluida ante la fuerza de las fides". (Ferrara, ob. cit. pág. 316).

Para el caso de gravámenes impuestos sobre la cosa que fue objeto de una enajenación simulada, la parte final del artículo mencionado ya

no requiere que dichos gravámenes hayan sido establecidos a título oneroso, pues simplemente se dispone: "También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe".

Explica Ferrara que Leonhard ha partido de un supuesto distinto para justificar la protección de los terceros, aun cuando se sobrentiende que deben ser de buena fe. En efecto, a pesar de que se declare la nulidad del acto simulado, se respeta la adquisición que hubiere hecho un tercero, porque de lo contrario se permitiría a los simuladores obtener ventajas de su propio dolo. Es aplicable aquí la máxima *nemo auditur propiam turpitudinem allegans,* conforme a la cual la acción en justicia debe ser negada al que invoque en apoyo de su demanda un hecho ilícito o inmoral. Esta ha sido en el fondo la razón que ha tomado en cuenta la tesis número 1015 del Apéndice al Tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación, que constituyó jurisprudencia firme en México, toda vez que se niega la acción de nulidad por simulación a las partes mismas y sólo se concede a los terceros que resulten perjudicados.

En el derecho prusiano, Dernburg partiendo de la buena fe de los terceros adquirentes, sostuvo la ineficacia frente a ellos de la declaración de nulidad del acto simulado. En el mismo sentido se pronuncian Bahr, Pfersche, Mommsen, Enneccerus y Zitelmann, invocando al efecto el hecho de que debe protegerse la buena fe del comercio (Bahr), la creencia de los terceros frente a la seriedad del acto (Pfersche), la ostentación legítima que hace el enajenante para poder disponer válidamente de la cosa (Mommsen), la confianza de quienes actuaron sobre la fe del acto aparente, aunque hayan adquirido a título gratuito (Enneccerus), y la inmoralidad que entrañaría prevalerse de su propio dolo (Zitelmann).

En general nos informa Ferrara que los tratadistas austriacos, suizos y franceses, coinciden en admitir la inoponibilidad de la declaratoria de simulación frente a los terceros de buena fe, para quienes lo declarado en el acto ostensible es lo único que vale y, por lo tanto, deberá ser absolutamente ineficaz el acto secreto que por el contrario es el de verdadero valor entre las partes.

12.—*La protección de los terceros adquirentes en el derecho positivo.*—Ya hemos dicho que según la interpretación de Kohler, el derecho romano se funda en el principio de la buena fe y de la lealtad tanto en las relaciones jurídicas entre partes, como respecto a terceros,

bien sea en su constitución o en sus efectos, citando diferentes fragmentos del Corpus iuris, aun cuando en opinión de Ferrara no es posible conceder a Kohler que de los textos que invoca resulte "la victoria de la ética sobre la árida lógica del sistema" concluyendo el jurista italiano que sólo es dable "afirmar que de las fuentes no se saca sino el resultado negativo de que en ningún lugar aparece expresamente reconocido que el enajenante simulado pueda, frente a terceros de buena fe, invocar la simulación".

En el derecho intermedio nos dice Ferrara que hasta el siglo XIV se formuló ya con los postglosadores el principio de la inoponibilidad de la simulación frente a los terceros de buena fe, aun cuando se confunda dicha protección con un problema de prueba, de tal manera que frente a los terceros no cabrá probar que el acto fue simulado.

En el antiguo derecho francés, hasta el siglo XVII se abandona la tradición romana que admitía que los terceros sufrieran evicción en aquellos casos en los cuales se justificara en juicio que el enajenante dispuso de la cosa abusando de la confianza que en él se depositó por virtud de un acto simulado.

En el derecho moderno los distintos Códigos Civiles europeos y americanos reconocen la ineficacia de la simulación respecto de terceros de buena fe, como una necesidad que impone la vida social, para dar firmeza a las distintas relaciones jurídicas, por su encadenamiento necesario. Expresamente en el Código Napoleón se reconoce que las contradeclaraciones que constituyen el acto secreto no surtirán efectos respecto de terceros, operando sólo entre las partes y sus causahabientes a título universal. En el artículo 16 del Código Federal suizo de las Obligaciones, se estatuye: "El deudor no puede oponer la excepción de simulación al tercero de buena fe que tiene en su poder un reconocimiento por escrito de la deuda". A su vez en el Código portugués, el artículo 1037 dispone que: "Si el primitivo adquirente (testaferro) hubiere transmitido a otro la cosa adquirida, beneficiará al tercero su buena fe, quedando a salvo la acción del acreedor contra el transmitente". En el Código italiano el artículo 1319 reproduce con una modificación el artículo 1321 del Código francés. En la interpretación del citado precepto se han formulado diferentes tesis, según explica Ferrara, quien opina que el objeto de de la ley es el de impedir que los simulantes puedan oponer a los terceros los efectos de una simulación, toda vez que estos últimos se han confiado en la sinceridad del negocio jurídico. En consecuencia, debe quedar firme la adquisición de la pro-

a un tercero de buena fe, respetándose en todas las hipótesis posibles, dicha adquisición. En consecuencia, los acreedores del que enajenó en forma simulada no podrán considerar para ejecutar sus créditos, que aquellos bienes adquiridos por un tercero, siguen siendo de su deudor.

Alude también el repetido autor a un orden de conflictos en los que ya no cabe aplicar los principios de la simulación, en virtud de que los terceros cuyos derechos entren en pugna, se encuentran en igualdad de condiciones, como ocurre con los adquirentes de ambos simuladores, cuando tanto el enajenante fingido como el testaferro transmiten la misma cosa a distintos terceros. Para Ferrara ambos terceros han adquirido válidamente un derecho de quienes podrían transferirlo con igual eficacia. En nuestra personal opinión, el conflicto debe solucionarse en el derecho mexicano dando preferencia al primer adquirente, no sólo conforme al principio de que el que es primero en tiempo, es primero en derecho, sino también porque la primera adquisición determina necesariamente su validez y, en consecuencia, la nulidad de la segunda, independientemente de quién sea el tercero que adquiera. Literalmente aplicado el artículo 2184 debería prevalecer la adquisición hecha del testaferro, aun cuando fuere posterior. Debe entenderse lo anterior sin perjuicio de que si se trata de inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos, prevalecerá la adquisición que primero se hubiese registrado.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA LA FECHA

13.—"*Simulación, nulidad por causa de.*—Las partes que intervienen en el acto simulado tienen también acción para pedir su nulidad". (Tesis 331 de la última compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1965, cuarta parte, pág. 1007).

24.—"*Simulación, prueba de la, mediante presunciones.*—La simulación es por regla general refractaria a la prueba directa, de tal manera que, para su demostración, tiene capital importancia la prueba de presunciones". (Tesis 332 de la compilación citada, cuarta parte, pág. 1008).

25.—*Simulación relativa. (Legislación del Estado de Guanajuato).*—Si en el escrito de demanda el actor dijo que en realidad se pactó como precio de la compraventa una cantidad determinada, pero a instancias de la demandada se asentó en la escritura que el precio era una canti-

piedad, del gravamen o del derecho real o personal que hubiere sido transmitido al tercero. Para Messina el artículo 1319 sólo despoja a los simulantes de un medio de prueba (la contradeclaración) colocándolos en difícil situación para restablecer la verdad de la situación ju rídica; que como resultado de otros preceptos se añade "a la prohibición de oponibilidad de las contradeclaraciones hechas por escritura privada, la del juramento y la confesión, viniendo en definitiva a hacer con ello inatacable la adquisición del tercero". Para Bartin la protección de la ley sólo consiste en que el acto secreto no se ejecute frente a los terceros, quienes tienen un remedio preventivo, el derecho de oponerse a la ejecución.

Las dudas que podrían presentarse en algunos derechos positivos quedan disipadas en nuestro sistema por el texto claro del artículo 2184, toda vez que siempre que la cosa o derecho haya pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución que entre los simulantes opera cuando se declara la nulidad del acto simulado, a efecto de que se restituya el bien de que se trate a su legítimo dueño, con sus frutos e intereses. Para los gravámenes se dispone que subsistirán todos aquellos que se hubieren impuesto a favor de tercero de buena fe, que deberá ser a título oneroso, aun cuando el texto no lo diga, pues no habría razón para distinguir entre el adquirente de la propiedad y el de algún otro derecho real o gravamen.

Se presenta el problema en nuestro sistema del conflicto que pudiere haber entre distintos terceros, es decir, unos interesados en que prevalezca la verdad, por ser por ejemplo los acreedores del simulante que transmitió la cosa o derecho, otros por el contrario tendrán interés en que se dé efectos a la mentira o falsedad, como son los acreedores del simulante a quien se transmitió un bien. En nuestro concepto, para este conflicto entre acreedores de los distintos simulantes, sí debería prevalecer la situación verdadera, de tal manera que al patrimonio del simulante que enajenó, debería ser al que en rigor le pertenece oponiéndose así el acto secreto a los acreedores del simulante cuyo patrimonio se mejoró de manera falsa por virtud de la simulación. Ferrara estudia este conflicto y también se refiere a una colisión entre los acreedores del enajenante fingido y los adquirentes del testaferro. Pensamos que también en nuestro sistema es aplicable la solución que propone dicho autor, al sostener que tales adquirentes deben ser protegidos frente o los ataques de los acreedores del enajenante fingido, pues en nuestro concepto la disposición del artículo 2184 es general para todos los casos en los que la cosa o derecho pase a título oneroso

CUARTA PARTE

TRANSMISION DE LAS OBLIGACIONES

CAPITULO I

Cesión de Derechos

1.—*Concepto general.*—Tres son las formas de transmisión de las obligaciones: cesión de derechos, cesión de deudas y subrogación.

Estas tres formas se caracterizan por implicar un cambio en el sujeto activo (cesión de derechos y subrogación) o en el pasivo (cesión de deudas), dejando subsistente la misma relación jurídica, que por lo tanto no se transforma ni mucho menos se extingue, continuando con las obligaciones principales y accesorias. Por esto el Código vigente, con toda propiedad ha clasificado en el título que consagra a la transmisión de las obligaciones, las tres formas ya mencionadas. En cambio, el de 1884 de una manera indebida colocaba la cesión de derechos (que denominaba cesión de acciones) y la subrogación, en el título general de la extinción de las obligaciones. Esta clasificación era impropia, en virtud de que ni la cesión de derechos, ni la subrogación, suponen modificación o extinción de la relación jurídica. Es decir, no son convenios, sino contratos.

Afirmamos que no existe una modificación del vínculo jurídico, en cuanto a que se mantiene la misma relación de derecho, que en cuanto a su naturaleza y modalidades no sufre alteración esencial; pero sí debemos reconocer que el cambio del sujeto activo o pasivo, necesariamente implica una modificación en el aspecto subjetivo.

2.—*Definición.*—"La transmisión de créditos es la convención por la cual un acreedor cede voluntariamente sus derechos contra el deu-

dad menor, tal cosa constituye una simulación parcial del acto jurídico celebrado, conforme a lo que estatuye el artículo 1671 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, mismo que establece que ésta se da cuando "las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas"; así pues, el contrato es válido y sólo nula una de las convenciones.

Amparo directo 6245/75.—Constantino Alcántar Zavala.—28 de julio de 1977.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 103-108. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1977. Tercera Sala. Pág. 175.

Sociedades Anónimas. Nulidad de sus asambleas.—Se trata de una simulación relativa, si bajo la apariencia de una compraventa de acciones se ocultó el acto verdadero consistente en un mutuo con interés en el que aparece como mutuante la Nacional Financiera, S. A., garantizado con las referidas acciones, pues dicha situación cae exactamente dentro de la prohibición establecida por el artículo noveno, en su fracción I, de la Ley Reformatoria de la Orgánica de la Nacional Financiera, S. A., por lo que aún en el supuesto de que se estimara que no se había probado la simulación de la compraventa, esta resulta nula por haberse celebrado en contravención de dicho precepto. Si una financiera no es propietaria de un determinado número de acciones, pues únicamente tiene el carácter de mutuante en el contrato de mutuo respectivo, con garantía de dichas acciones, la asamblea de accionistas que se celebre estará afectada la nulidad, si la financiera de referencia quizo hacer valer derechos como titular de las citadas acciones, y por lo tanto, no existió la mayoría fijada por la Ley para la celebración de la asamblea. La acción de nulidad de la asamblea por la falta de quorum establecido por el artículo 189 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se dirige contra la validez de la asamblea misma; y la acción de oposición a que se refieren los artículos 201 a 205 se da para impugnar los acuerdos de las asambleas legalmente constituidas, caso en que resulta evidente el interés de la compañía para contradecir dicha acción y para ser demandada en el juicio correspondiente. Empero, cuando se trata de una asamblea en que no hubo quorum legal, los demandados deben ser los accionistas que tienen interés en que se considere legalmente reunida la asamblea y que sus acuerdos obligan a la empresa.

Amparo directo 4891/59.—José Manuel Chavarri, 7 de julio de 1961. Mayoría de 3 votos.

dor, a un tercero, quien llega a ser acreedor en lugar de aquél. El enajenante se llama cedente; el adquirente del crédito, cesionario, el deudor contra quien existe el crédito objeto de la cesión, cedido". (Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, de la traduc. de Cajica jr. Puebla, pág. 269). Según el Art. 2029 del Código en vigor: "Habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiere a otro los que tenga contra su deudor". Esta definición caracteriza la transmisión moderna de las obligaciones por un cambio en el sujeto activo o acreedor.

Enneccerus, ob. cit., v. I, págs. 376 y 377.

3.—*Derecho romano.*—En el derecho romano primitivo no se conoció la cesión de derechos. Dada la naturaleza estrictamente personal de la obligación, referible siempre a sujetos individualmente determinados, no era posible operar una transmisión de la relación jurídica por cambio del sujeto activo, subsistiendo el mismo vínculo jurídico. El derecho romano admitió el cambio de acreedor en la novación subjetiva, pero necesariamente traía consigo la extinción de la obligación primitiva, para dar nacimiento a una nueva, como característica de toda novación. No se llegó a permitir que a pesar del cambio en el acreedor subsistiera la obligación, de tal suerte que pudiera hablarse propiamente de una transmisión de la misma.

En el derecho romano anterior a las Doce Tablas ni siquiera se reconoció en un principio la transmisión de derechos y obligaciones a título universal mediante el testamento. Por lo tanto, es evidente que la transmisión a título particular, mediante lo que modernamente se llama cesión de derechos, fue desconocida. En la transmisión a título universal, la sucesión testamentaria se presentó como un fruto tardío en la evolución del derecho romano, para ser reconocida en la ley de las Doce Tablas. En cuanto a la sucesión legítima o ab-intestato, aun cuando fue reconocida con anterioridad a esa ley, la historia de las instituciones jurídicas primitivas nos demuestra que en general el derecho, y en particular el romano, no concibieron la sucesión por herencia dentro del régimen de la propiedad colectiva, ya que el individuo no tiene un dominio exclusivo sobre bienes que pudiera transferir a su muerte, bien fuera por testamento o por disposición de la ley. La historia de esas instituciones comprueba que es menester llegar al régimen de la propiedad individual, como dominio absoluto, exclusivo y perpetuo, al estilo romano, para que sea posible la transmisión hereditaria; pero

dentro de esta última primero se reconoce la sucesión legítima y, posteriormente, la testamentaría.

En cuanto a la transmisión a título particular, en el derecho romano clásico se adoptó una institución que desde el punto de vista práctico vino a llenar en parte las necesidades y ventajas de la moderna cesión de derechos. Esta institución se llamó mandato en propia causa. Consistía en que el mandante facultaba al mandatario para cobrar un crédito, relevándolo de la obligación de rendir cuentas. De esta manera el mandatario en realidad cobraba el crédito por su cuenta, ya que no tenía que entregar su importe al mandante.

Rodolfo Sohm, Instituciones de Derecho Privado Romano, págs. 259 y 260.

No obstante que en su aspecto general el mandato en propia causa vino a implicar una cesión de derechos, se presentaron inconvenientes para el caso de que el mandante muriera, o bien cuando el crédito era litigioso. En los casos de muerte del mandante, el mandatario estaba obligado a rendir cuentas a los herederos del mandante, es decir, no se alcanzaba el objeto verdadero de la cesión que sí era posible durante la vida del mandante, al quedar relevado el mandatario de la citada obligación.

Asimismo, para los créditos litigiosos existía el inconveniente de que en el procedimiento formulario, antes de la litis contestatio, podía el deudor pagar al mandante, y de esta suerte el mandatario resultaba perjudicado.

Para evitar este inconveniente se perfeccionó el mandato en propia causa, dando al mandatario lo que se llamó la "actio utilis", permitiéndole que notificara al deudor antes de la litis, a efecto de que no pagara al mandante. Por virtud de esta notificación, el deudor debería pagar al mandatario, con lo que prácticamente se llegó a la cesión moderna de derechos, incluso con el requisito exigido en la actualidad de la notificación al deudor.

En relación con este antecedente romano, dice Ruggiero en sus Instituciones de Derecho Civil:

"El expediente a que recurrieron los romanos para hacer posible a quien tenía un crédito, sin extinguir ni novar la obligación, transferirlo a otra persona, consintió por largo tiempo en la institución de la representación procesal; la persona a quien el crédito se quería ceder se constituía en procurator o cognitor del cedente, se facultaba al representante para ejercitar el derecho en su propia ventaja (procurator in rem suam) y para retener para sí el importe de lo cobrado. Más tarde, para eludir los graves inconvenientes de esta institución que no transfe-

ría irrevocablemente el crédito al procurador, sino en el momento de la litis contesatio, se apeló al recurso de la concesión de la actio utilis, al cesionario. En virtud de esta concesión quedaba siempre titular de la obligación el acreedor; pero el ejercicio del derecho se transfería al cesionario, quien podía dirigirse sin necesidad de previo mandato con acción propia e independiente contra el deudor cedido" (Ob. cit. t. II, pág. 197).

4.—*Derechos que pueden ser objeto de cesión.*—En principio todos los derechos de crédito pueden ser objeto de una cesión, pues sólo deben exceptuarse aquellos que por su naturaleza misma van unidos en forma indisoluble a la persona del acreedor o la ley prohiba expresamente la transmisión.

El artículo 2030 del Código Civil vigente señala tres límites a la posibilidad de ceder: a) que la ley la prohiba; b) que no lo permita la naturaleza del derecho que deba ser objeto de transferencia y c) que haya convenio entre las partes (acreedor y deudor) para que el crédito no pueda ser cedido. Estatuye el mencionado precepto que: "El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido en no hacerla o no la permita la naturaleza del derecho. El deudor no puede alegar contra el tercero que el derecho no podía cederse porque así se había convenido, cuando ese convenio no conste en el título constitutivo del derecho".

La naturaleza misma de un crédito, cuando el mismo ha sido constituido en algunos contratos intuitu personae, impide la posibilidad jurídica de ceder o transmitir el crédito, toda vez que el acto que lo originó ha creado vínculos estrictamente personales, de tal manera que el derecho a la prestación se concede en consideración a la persona misma del acreedor y es inseparable de algunas obligaciones que correlativamente se le imponen.

Enneccerus, ob. cit. págs. 380 y 381.

Por mandato expreso de la ley puede un crédito ser también intransferible, como ocurre en los derechos del arrendatario, al estatuir el artículo 2480 que: "El arrendatario no puede subarrendar la cosa arrendada en todo, ni en parte, ni ceder sus derechos sin consentimiento del arrendador; si lo hiciere, responderá solidariamente con el subarrendatario de los daños y perjuicios".

Generalmente la naturaleza patrimonial del derecho de crédito permite la cesión del mismo, pues por tratarse de un interés económico,

éste puede ser materia de transmisión, dada su posibilidad de que sea disfrutado no sólo por el acreedor, sino también por un tercero; pero en aquellos créditos que sólo implican un interés personalísimo del acreedor, como la facultad de exigirle a su médico o a su enfermera que cumplan el contrato concertado para procurarle el servicio prometido, es evidente que no puede haber transferencia alguna, ante la imposibilidad de que la prestación pueda satisfacer algún interés de tercera persona.

Existe una última forma reconocida por el artículo 2030 para impedir la cesión, consistente en el convenio entre acreedor y deudor que así lo estipule, pero siempre y cuando el mismo se haga constar en el título constitutivo del crédito, ya que de lo contrario el deudor no podrá alegar que el derecho no podía cederse, según indica la parte final del precepto invocado. La razón de ser de tal disposición deriva de las circunstancias de cada caso, pues en función de ellas alguien puede consentir en ser deudor sólo frente a un acreedor determinado, por razones de mutua confianza, honorabilidad, condecendencia, etc. En consecuencia, dado ese origen del crédito, éste puede nacer con la modalidad de ser intransmisible.

5.—*Análisis de los elementos que caracterizan a la moderna cesión de derechos.*—La cesión de derechos moderna se caracteriza porque implica un cambio en el acreedor o sujeto activo, que es reemplazado por otro, subsistiendo la misma relación jurídica, sin que se opere por lo tanto una novación subjetiva y sin que se requiera el consentimiento del deudor.

Según este concepto, el acreedor puede transferir sus derechos a otro, sin la conformidad de su deudor y a pesar de este cambio en un elemento esencial de la relación jurídica, subsiste ésta, con todos sus derechos y obligaciones, tanto principales como accesorios. Por este motivo el Art. 2032 dice: "La cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, salvo aquellos que son inseparables de la persona del cedente. Los intereses vencidos se presume que fueron cedidos con el crédito principal".

A. Von Tuhr, Tratado de las Obligaciones, t. II, págs. 308 y 309.

Se distingue la cesión de derechos de la novación subjetiva, por cambio de acreedor, en que esta última opera una extinción de la rela-

ción jurídica primitiva, que es substituida necesariamente por otra nueva y esencialmente distinta. Por consiguiente, la novación implica una extinción de las obligaciones principales y accesorias, y ésta es la razón por la cual la fianza, prenda, hipoteca o privilegios no pueden conservarse en la novación, sino cuando existe una reserva expresa consentida por las partes, y también por los terceros que hayan otorgado esas garantías.

"Caracteres distintivos de la novación.—1º La novación exige el consentimiento del deudor, a quien se hace contraer una nueva obligación. En la cesión de derechos, no se requiere su consentimiento; basta notificarle el contrato celebrado entre su antiguo y su nuevo acreedor.

2º La novación no entraña ninguna garantía: el antiguo acreedor nada ha vendido ni transmitido. Pero, si ha delegado su deudor a su propio acreedor, a título de dación en pago, y si el pretendido deudor se ha liberado ya, nada ha dado en realidad y queda sujeto a su antigua deuda: la delegación, que no ha realizado su fin, no lo ha liberado. Por el contrario, la cesión implica habitualmente cierta obligación de garantía.

La novación extingue las garantías del crédito novado (hipotecas, fianzas, etc.); el nuevo crédito nace desnudo, a menos que expresamente se le hayan transmitido aquéllas, en las condiciones en que lo permite la ley (artículos 1278, 1280, 1281). En cambio, la cesión de derechos conserva estas garantías, y las transmite de pleno derecho al cesionario". (Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, traduc. de Cajica Jr., Puebla, pág. 282).

6.—*Carácter variable de la cesión de derechos.*—Esta tiene un carácter variable, en virtud de que es la fuente o causa eficiente de distintos contratos o figuras jurídicas en general. Es decir, como la cesión de derechos puede ser a título oneroso o gratuito, puede dar lugar a una compraventa, si hay un precio cierto y en dinero a cambio del derecho cedido; a una permuta, si a cambio del crédito se da otro o alguna cosa; a una donación, si es a título gratuito; a una aportación en sociedad, si el crédito se transmite a la persona moral que se constituya, etc.

7.—*Utilidad de la cesión.*—La cesión de derechos es sumamente útil, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, en virtud de que el acreedor puede tener ventajas indiscutibles al negociar su crédito que no es exigible aún, pues en esa forma recibe inmediatamente su importe. Por su parte, el cesionario, mediante esta figura jurídica puede colocar su dinero a un tipo de interés conveniente, adquiriendo un crédito a plazo.

En la constitución de sociedades, la cesión de derechos permite la aportación de los créditos a la entidad moral que se constituya.

8.—*Extensión de la cesión.*—Como ésta implica una verdadera transmisión del crédito, trae consigo también la transferencia de los derechos accesorios. Por consiguiente, en los créditos garantizados con hipoteca, prenda o fianza, el cesionario conserva esas garantías.

A. Von Tuhr, ob. cit., t. II, págs. 307 y 308.

La cesión de derechos se refiere tanto a los personales como a los reales. Es decir, comprende toda clase de derechos patrimoniales. Aunque el Código Civil en el capítulo respectivo trata principalmente de la cesión de derechos personales, es evidente que sus reglas pueden aplicarse a la de derechos reales. El mismo Código se refiere a la cesión de la hipoteca o prenda como derechos reales, que siguen la suerte del derecho de crédito principal que garantizan.

9.—*Excepciones oponibles al cesionario.*—Dada la naturaleza de la cesión de derechos que implica una transmisión del crédito, sin alterar la relación jurídica, es evidente que las excepciones que el deudor pueda oponer al cedente, también puede oponerlas al cesionario, ya que se trata de la misma obligación.

Artículo 2035 del Código Civil vigente: "Cuando no se trate de títulos a la orden o al portador, el deudor puede oponer al cesionario las excepciones que podría oponer al cedente en el momento en que se hace la cesión".

Artículo 2201: "El deudor que hubiere consentido la cesión hecha por el acreedor en favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que podría oponer al cedente".

Artículo 2202: "Si el acreedor dio conocimiento de la cesión al deudor y éste no consintió en ella, podrá oponer al cesionario la compensación de los créditos que tuviere contra el cedente y que fueren anteriores a la cesión".

Artículo 2203: "Si la cesión se realizare sin consentimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella, y la de los posteriores, hasta la fecha en que hubiere tenido conocimiento de la cesión".

A. Von Tuhr, ob. cit., t. II, págs. 318-319.

En cuanto a las excepciones que el deudor puede oponer al cesionario y que conforme al artículo 2035 son las mismas que podría haber opuesto al cedente en el momento en que se hizo la cesión, cabe distinguir aquellas que tienen por objeto demostrar que el crédito cedido no llegó a nacer, o habiendo nacido adolece de nulidad, de las que reconociendo su existencia y validez, sólo tienen por objeto comprobar que llegó a extinguirse en un momento posterior por pago, compensación, novación, remisión, confusión, etc.

A. Von Tuhr, ob. cit., t. II, págs. 317 y 318.

10.—*Cesión de títulos a la orden y al portador.*—En relación con esta materia, a propósito de la oponibilidad de las excepciones de que venimos hablando, el Código consagra una excepción a la regla enunciada cuando se trata de títulos a la orden o al portador. Por este motivo dice el Art. 2035: *"Cuando no se trate de títulos a la orden o al portador..."* A contrario sensu, para esa clase de títulos, el endosatario no podrá sufrir las excepciones oponibles al endosante, ni tampoco le serán opuestas al que adquiera un título al portador.

Es decir, el Código viene a confirmar que los documentos civiles al portador se caracterizan, como los títulos de crédito, porque confieren derechos autónomos, de tal manera que el adquirente de los mismos es inmune a las excepciones personales oponibles a los adquirentes anteriores, o al beneficiario primitivo. Dice al efecto el artículo 1880: "El suscritor del título al portador no puede oponer más excepciones que las que se refieren a la nulidad del mismo título, las que se deriven de su texto o las que tenga en contra del portador que lo presente".

En realidad, no era necesario hacer la distinción a que se refiere el artículo 2035 para los títulos a la orden, pues la doctrina moderna distingue en forma absoluta la cesión de derechos de la transmisión por endoso, y ya está totalmente rechazada la tesis que en un principio se invocó, sobre todo en la doctrina francesa, para explicar la transferencia por endoso, recurriendo a la cesión.

Estos diferentes artículos que hacen una excepción expresa para los títulos a la orden o al portador (2033-34-35 y 2043) vienen a confirmar también la tesis que hemos sustentado en el sentido de que continúan en vigor los Arts. 1873 al 1881 del Código vigente, según los cuales puede el deudor obligarse otorgando documentos civiles pagaderos a la orden o al portador, y que estos documentos engendran

obligaciones de carácter netamente civil, nacidas de una declaración unilateral de voluntad del emitente, por lo que se distinguen de los títulos de crédito, que suponen obligaciones mercantiles y actos de comercio.

11.—*Formalidades.*—Según el Código vigente, la cesión de derechos no requiere más formalidades para su validez, que constar en documento privado que firmarán cedente y cesionario ante dos testigos. Dice al respecto el Art. 2033: "La cesión de créditos civiles que no sean a la orden o al portador puede hacerse en escrito privado que firmarán cedente, cesionario y dos testigos. Sólo cuando la ley exija que el título del crédito cedido conste en escritura pública, la cesión deberá hacerse en esta clase de documentos".

12.—*Notificación de la cesión al deudor.*—Tratándose de créditos que no sean a la orden o al portador, prescribe el artículo 2036, que para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor, deberá hacer a éste la notificación de la cesión, ya sea judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante dos testigos o ante notario. Agrega el artículo 2037 que sólo tiene derecho para pedir o hacer la notificación, el acreedor que presente el título justificativo del crédito o el de la cesión, cuando aquél no sea necesario. A este respecto el Código de 1884 en su artículo 1628, requería en forma absolutamente indispensable, que para que el derecho cedido pasara al cesionario, que se hiciera la entrega del título base del crédito, cuando conforme a la ley fuera necesario para la validez del mismo, o cuando, sin serlo se hubiere extendido. En relación con este precepto véase el comentario que hace Borja Soriano.

M. Borja Soriano, ob. cit. t. II, págs. 301 y 302.

El Código vigente modifica el precepto relativo del ordenamiento anterior, supuesto que sólo estima necesaria la presentación del título justificativo del crédito, para los efectos de hacer la notificación al deudor; pero no para que se opere la cesión entre cedente y cesionario.

Cuando el deudor se encuentre presente en el acto de cesión y no se oponga a ella, o estando ausente la acepte, se tendrá por hecha la notificación, cuyos efectos serán de acuerdo con los artículos 2040 y 2041 en que una vez hecha, el deudor no se libera sino pagando al cesionario y mientras no se efectúe, se liberará pagando al acreedor

primitivo. Finalmente, conforme al artículo 2039, otro efecto de la notificación consiste en dar preferencia al cesionario que primero hubiere notificado al deudor, si el crédito hubiere sido objeto de varias cesiones, exceptuándose lo dispuesto para los títulos que amparen créditos registrables, pues en esta hipótesis la preferencia deberá determinarse por la fecha de la inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

13.—*Diversidad de efectos en la cesión de créditos.*—En nuestro sistema deben distinguirse los efectos de la cesión entre las partes, respecto al deudor y con relación a los terceros en general.

Los efectos entre las partes se cumplen por el contrato mismo de cesión, con las formalidades que ya indicamos.

Los efectos respecto al deudor quedan consumados por la notificación de la cesión misma y en los términos que acabamos de precisar.

Finalmente, los efectos en cuanto a los terceros en general se determinan por el artículo 2034, en los siguientes términos: "La cesión de créditos que no sean a la orden o al portador, no produce efectos contra terceros sino desde que su fecha debe tenerse por cierta, conforme a las reglas siguientes:

I.—Si tiene por objeto un crédito que deba inscribirse, desde la fecha de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

II.—Si se hace en escritura pública, desde la fecha de su otorgamiento;

III.—Si se trata de un documento privado, desde el día en que se incorpore o inscriba en un Registro Público; desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaren, o desde la fecha en que se entregue a un funcionario público por razón de su oficio".

14.—*Garantía de derecho y garantía de hecho o convencional, del cedente.*—Dispone así el artículo 2042 del Código Civil vigente: "El cedente está obligado a garantizar la existencia o legitimidad del crédito al tiempo de hacerse la cesión, a no ser que aquél se haya cedido con el carácter de dudoso". Esto es lo que se llama garantía de derecho. En ella el cedente no garantiza la solvencia del deudor, sino simplemente la existencia y legitimidad del crédito.

En cambio, la garantía convencional, también llamada garantía de hecho, se refiere a la solvencia del deudor. El cedente puede obligarse a responder para el caso de insolvencia del deudor. Según el Art. 2043 del Código Civil: "Con excepción de los títulos a la orden, el

cedente no está obligado a garantir la solvencia del deudor, a no ser que haya estipulado expresamente o que la insolvencia sea pública y anterior a la cesión". Esta última parte permite que, sin la garantía convencional, el cedente deba responder ante la insolvencia de su deudor, cuando ésta sea pública y anterior a la cesión.

CAPITULO II

Cesión de Deudas

1.—*Concepto.*—La cesión de deudas es una institución de derecho moderno. Implica una forma de transferencia de la obligación por cambio de deudor, pero sin alterar la relación jurídica, la cual continúa subsistente en principio. Se distingue de la novación en que ésta implica una forma de extinción de las obligaciones, en tanto que la cesión de deudas sólo constituye una manera de transmisión de las mismas.

Podemos definir la cesión de deudas diciendo que es un contrato entre el deudor y el asuntor (tercero que asume la deuda ajena), por virtud del cual éste acepta hacerse cargo de la obligación del primero, y cuyo contrato es admitido expresa o tácitamente por el acreedor. También cabe la posibilidad de que la cesión de deudas se lleve a cabo mediante un contrato celebrado entre el deudor, el asuntor y el acreedor, a efecto de que el primero sea substituido por el segundo, liberándosele de la obligación, la cual será asumida por el nuevo deudor, con el consentimiento del acreedor. Sin embargo, no es menester que este último concurra desde un principio al pacto de cesión de deuda, bastando que posteriormente acepte el cambio de sujeto pasivo, bien mediante una manifestación expresa de voluntad o en forma tácita, permitiendo que el "sustituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo" (art. 2052).

En este concepto general de la cesión de deudas, conviene diferenciarla, como hace Ruggiero, de la asunción simple, de la asunción acumulativa y de la asunción novatoria. Dicho autor reserva el término de asunción privativa a la figura que nuestro Código Civil vigente denomina "cesión de deudas". Según se desprende de la exposición que sigue, en la asunción simple, el asuntor asume el papel de obligado

principal, continuando el deudor primitivo como un obligado subsidiario, pero sin que el convenio que celebren necesite ser aceptado por el acreedor, quien simplemente podrá accionar, si así lo prefiere, en contra del primitivo deudor.

En la asunción acumulativa tanto el deudor como el asuntor quedan obligados solidariamente, para cuyo efecto será menester que así lo pacten, pues dicha solidaridad no podría presumirse. En nuestro derecho el artículo 1988 del Código vigente dispone que: "La solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes". Aquí tampoco es menester que el acreedor acepte ese convenio, bastando con que accione al tener conocimiento de él, contra cualesquiera de los deudores solidarios. Jurídicamente debemos explicar tal situación, considerando que deudor y asuntor, en el contrato que celebraron, hicieron una estipulación en favor de tercero, que lo es el acreedor (arts. 1868 y 1872 del Código vigente). En consecuencia, tal estipulación hecha en favor del acreedor otorga a éste el derecho de exigir del asuntor el cumplimiento de la deuda asumida; pero también faculta al deudor para exigirle que de acuerdo con lo convenido, haga pago al acreedor (art. 1869). En el mencionado contrato las partes pueden imponer las modalidades que juzguen convenientes, pudiendo ser revocada la estipulación mientras el acreedor no haya manifestado su voluntad de querer aprovecharla (arts. 1870 y 1871).

La asunción novatoria se distingue substancialmente de la cesión de deudas en que, la primitiva obligación se extingue, creándose una nueva entre el acreedor y el asuntor, para cuyo efecto es necesario que aquél consienta en la liberación y exista además el animus novandi en las tres partes: deudor, asuntor y acreedor. Sólo de esta suerte se cumplirían los requisitos de la novación por cambio de deudor, a fin de que haya una alteración substancial, sustituyendo una obligación nueva a la antigua (art. 2213). Además, tal novación nunca se presume, sino que debe constar expresamente (art. 2215). En consecuencia, se extinguirán las obligaciones accesorias a no ser que por una reserva expresa se pacte entre el acreedor y el que constituyó la garantía, que ésta subsista respecto del nuevo deudor (arts. 2220 y 2221).

Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, v. II, traduc. de la 4ª ed. italiana por Ramón Serrano Suñer y José Cruz Teijeiro, Madrid, 1931, págs. 195 a 197.

Enneccerus-Lehmann estiman que es un requisito de validez en la asunción de deuda, el mismo que nuestro artículo 2218 requiere pa-

ra la novación, es decir, que la obligación de que se trate sea válida. Nosotros debemos distinguir entre la nulidad absoluta que afecte a la deuda cedida y la nulidad relativa, pues en el primer caso, el asuntor sí podrá oponer la excepción de nulidad, toda vez que conforme al artículo 2056, está facultado para hacer valer las excepciones que se originen de la naturaleza misma de la deuda; en cambio, si se tratare de una nulidad relativa, de acuerdo con el propio precepto invocado, el citado deudor sustituto no podrá oponer las excepciones que sean personales del primitivamente obligado. En tal virtud, de conformidad con el artículo 2230 si se tratare de nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo podrá ser invocada por el que sufrió esos vicios, se perjudicó por la lesión o es el incapaz. Sólo que se tratare de una nulidad relativa por inobservancia de la forma requerida por la ley para la validez de la deuda cedida, el asuntor sí podrá invocar la excepción dados los términos amplios del artículo 2229 al estatuir: "La acción y la excepción de nulidad por falta de forma competen a todos los interesados". Ahora bien, es indudable que el asuntor también tiene el carácter de interesado.

Enneccerus, ob. cit., v. I, pág. 405.

Los mencionados autores opinan que pueden asumirse deudas futuras, imperfectas y litigiosas. En nuestro concepto también existe la misma posibilidad en el Código vigente, pues conforme al artículo 2055: "El deudor sustituto queda obligado en los términos en que lo estaba el deudor primitivo..." Las obligaciones secundarias deben seguir la suerte de la deuda principal cedida.

2.—*Derecho romano.*—Este no llegó, ni en su forma más evolucionada, a conocer la cesión de deudas. Algunos tratadistas pretenden encontrar en ciertas instituciones indicios o principios de una cesión de deudas, pero la casi unanimidad de los romanistas está de acuerdo en que jamás llegó a existir esta institución en el derecho romano.

En cambio, por lo que se refiere a la cesión de los derechos, ya hemos dicho que ésta llegó a admitirse prácticamente en los últimos tiempos del derecho romano, a través del mandato en propia causa.

"El derecho romano consideraba incompatible con la esencia de la obligación lo mismo la trasmisión de los créditos que la asunción de las deudas. Por tanto, no podía darse ingreso a un nuevo deudor sino renovando a la vez la deuda misma, o sea mediante novación, que podía hacerse por delegación del antiguo

deudor (delegatio) o sin delegación (expromissio). El antiguo derecho alemán conocía la asunción de deuda con el asentimiento del acreedor, y si bien esta institución declina notablemente por virtud de las concepciones romanistas, especialmente en la primera mitad del siglo XIX vuelve a recobrar su pleno imperio, en particular, por obra de la moderna jurisprudencia.

Asunción de deuda es el contrato por el cual un nuevo deudor asume una deuda existente en lugar del hasta entonces deudor. El deudor anterior se libera, se subroga un nuevo deudor y la obligación sigue siendo la misma". (Enneccerus, ob. cit., v. I, pág. 404).

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 265 y 266.

3.—*Derecho moderno.*—La cesión de deudas es una institución del derecho moderno, que se origina propiamente en la jurisprudencia y legislación alemanas. Fueron necesidades de orden práctico las que en un principio introdujeron el uso de la cesión de deudas en el derecho alemán. Posteriormente, en la jurisprudencia y legislación de ese país, se reglamentó la institución. Se admite en forma la transferencia de la obligación por cambio de deudor, requiriendo siempre consentimiento expreso o tácito del acreedor para que el obligado sea sustituído por un tercero.

Del derecho alemán pasa esta institución al suizo, tomando el nuestro de esas legislaciones los datos principales para reglamentar esta forma de transmisión de las obligaciones en los artículos 2051 al 2057 del Código en vigor.

Los artículos 414 y 415 del Código Civil alemán, dicen así: "Una deuda puede ser asumida por un tercero por vía de contrato celebrado con el acreedor, de tal manera que el tercero entre en el lugar y puesto del precedente del deudor". "Cuando la asunción de deuda ha sido objeto de un convenio celebrado por el tercero con el deudor, su eficacia depende de la aprobación del acreedor. Esta aprobación no puede intervenir sino cuando el deudor o el tercero han comunicado la asunción de deuda al acreedor. Hasta la aprobación las partes pueden modificar o suprimir el contrato. Si la aprobación es rehusada, la asunción de deuda se considera como no habiendo tenido lugar".

También en el Código de las Obligaciones de Polonia y en el Código Civil de China, se aceptó la idea germánica de la cesión de deudas.

4.—*Código Napoleón.*—En éste no llegó a regularse cesión de deudas, ni existe precepto alguno que en forma directa reglamente esta institución. Sin embargo, tanto los comentaristas de ese Código, como los autores de la escuela de la exégesis, están de acuerdo en reconocer

que dentro del principio de la autonomía de la voluntad, aunque el Código no reglamenta la cesión de deudas, puede operarse esta figura jurídica, ya que ningún principio de orden público o de moral social se oponen a dicha institución. También la jurisprudencia reconoce que dentro del principio de la autonomía de la voluntad, aceptado como base principal en los contratos, es posible, bajo el Código francés, estipular una cesión de deudas, pero sólo por consentimiento expreso del acreedor.

"De acuerdo con la tradición indicada, en vista de que el Código Napoleón establece que la novación se opera cuando un nuevo deudor substituye al antiguo, que es liberado por el acreedor (art. 1271) y de que no consagra en manera alguna la trasmisión de la deuda a título particular, hay autores que consideran inadmisible la cesión de deuda o se muestran desfavorables a ella. Entre estos autores podemos citar a Laurent (t. XXV, n. 211). Bonnecase (Précis, t. II, n. 525 et 526) y Hémard (t. II, n. 1736 et 1737).

Por el contrario, otros autores consideran posible la cesión de deuda, fundándose principalmente en el principio de la libertad de los contratos cuando son lícitos, como sucede en el caso. Entre estos autores citaremos a Gaudemet (ob. cit., p. 04-316 et p. 538), Planiol (t. II, n. 398), Baudry Lacantinerie et Barde (t. XIV, n. 1766), Planiol, Ripert Radouant et Gabolde (t. VII n. 1147), Saleilles (Obl., n. 83) y Josserand (t. II, n. 830, 4º)". (M. Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones, t. II, pág. 333).

5.—*Códigos de* 1870 *y* 1884.—Entre nosotros no encontramos en nuestra legislación anterior dato alguno que nos permita hablar de la cesión de deudas; sin embargo, siguiendo a los tratadistas franceses, es jurídico afirmar que dicha institución pudo operarse en los códigos citados, en forma convencional o por el consentimiento expreso del acreedor. En efecto, según el principio de la autonomía de la voluntad, lo que no está prohibido por la ley, está jurídicamente permitido y, por lo tanto, son válidos los pactos que no violen disposiciones de orden público, ni las buenas costumbres; en consecuencia, como la cesión de deudas es un pacto lícito que afecta sólo a intereses patrimoniales privados, es evidente que si el acreedor consiente en ella, como único sujeto autorizado para oponerse o desconocerla, la cesión surtirá todos sus efectos legales.

En nuestra legislación anterior se planteaba el problema fundamental de negar siempre la posibilidad de una cesión de deuda, ante la novación subjetiva por cambio de deudor que reconocía el artículo 1606 del Código Civil de 1884.

Dados los términos del artículo mencionado, no creemos que pudiera sostenerse dentro de la vigencia del citado Código anterior, que en la hipótesis aludida hubiera novación. En efecto, el precepto decía así: "Hay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas *lo alteran substancialmente* sujetándolo a distintas condiciones; sustituyendo una deuda nueva a la antigua, *o haciendo cualquiera otra alteración que afecte la esencia del contrato, y que demuestre la intención de cambiar por otra la obligación primitiva*". Del citado texto se desprende que en la novación deberá haber una alteración substancial, cambiándose la esencia de la obligación primitiva, lo cual no ocurre cuando simplemente se sustituye al deudor por otro. Es verdad que expresamente el Código de 1884 decía en su artículo 1607: "Hay también novación cuando un nuevo deudor es sustituido al antiguo, que queda exonerado". Sin embargo, en nuestro concepto no debe interpretarse aisladamente el artículo 1607, sino debe relacionarse con el 1606, pues éste exige el cambio substancial en la obligación primitiva y la intención expresa de sustituirla por otra, para que haya novación, como requisitos esenciales de la definición misma.

Borja Soriano, ob. cit., t. II, págs. 339 y 340.

6.—*Código vigente.*—Nuestro Código vigente, siguiendo al alemán y a la práctica reconocida por la jurisprudencia de ese país, acepta la cesión de deudas como una forma de transmisión de las obligaciones, con un alcance semejante al que reglamenta la cesión de créditos, sólo que en aquélla la transmisión se verifica por un cambio en el sujeto pasivo, en tanto que en ésta, por una substitución del sujeto activo o acreedor. En los artículos 2051 y 2052 se admite la cesión de deudas por consentimiento expreso o tácito del acreedor. Dicen así: Art. 2051: "Para que haya sustitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente". Art. 2052: "Se presume que el acreedor consiente en la sustitución del deudor, cuando permite que el sustituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo".

Según el artículo 2055, cuando un tercero haya constituido garantías en favor del deudor primitivo, al operarse la sustitución de éste, dichas garantías se extinguen, es decir, no hay transmisión de las obligaciones accesorias, como sí existe en la cesión de créditos para los derechos principales y los accesorios.

Cuando en la cesión de deudas se ha constituido prenda o hipoteca por el propio deudor, estas garantías sí continúan cuando es sustituido por un tercero, pues la cesión de deudas supone un acuerdo entre dicho deudor primitivo y el que lo sustituye y, por lo tanto se sobrentiende, en nuestro concepto, que salvo renuncia expresa del acreedor, o cancelación previa del obligado, como condición para que opere el cambio de sujeto pasivo, esas garantías deben continuar.

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 268 y 269.

7.—*Papel del acreedor en la cesión de deudas.*—En ésta es absolutamente necesario que el acreedor consienta de una manera expresa o tácita, debido a que la substitución de deudor implica una alteración esencial en cuanto a la posibilidad de ejecutar el crédito mismo.

Según el artículo 2051 del Código vigente: "Para que haya sustitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente". Este artículo sólo es una aplicación de la norma general que existe en materia de contratos, respecto a que el consentimiento debe manifestarse en forma expresa o tácita. El artículo 2052 reglamenta el consentimiento tácito, y al efecto supone que se ejecuten o toleren actos por parte del acreedor que necesariamente supongan que acepta la substitución del deudor.

Todo consentimiento tácito parte de este principio, y por esto el artículo 2052 estima que "se presume que el acreedor consiente en la sustitución del deudor, cuando permite que el sustituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo". En esta materia, el artículo 2054 estatuye con toda claridad que el silencio o la no oposición del acreedor al cambio de deudor que se le hubiese notificado, no es una forma de consentimiento tácito.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, pág 417 y 418.

8.—*Diferente forma de intervención del acreedor en la cesión de deudas.*—El acreedor puede intervenir en la cesión de deudas, celebrando un contrato directamente con el deudor primitivo y el que lo sustituya, en el cual estipulen la transmisión de la obligación. Esa es la forma ordinaria para operar un cambio de deudor manteniendo la misma relación jurídica.

Puede también el acreedor simplemente concretarse a ratificar o adherirse a un convenio previamente celebrado entre el deudor primitivo y el que habrá de sustituirlo. Según el artículo 2053 del Código vigente, la conformidad del acreedor en ese sentido debe manifestarse por una aceptación del nuevo deudor, exonerando al antiguo. Este es el contenido ordinario de la manifestación de voluntad del acreedor, cuando contrata directamente con los deudores; pero cuando simplemente se adhiere al cambio acordado por éstos, no es menester que declare su voluntad aceptando de una manera expresa al nuevo deudor y exonerando al antiguo, ya que el artículo 2052 del propio Código considera que hay una aceptación tácita aun en el caso en que el acreedor permita que el deudor sustituto ejecute actos que debería ejecutar el primitivo, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en su propio nombre y no por cuenta de aquél.

Enneccerus, ob. cit., v. I, pág. 405.

Borja Soriano, ob. cit., t. II, págs. 338 y 339.

9.—*Consecuencias de la cesión de deudas.*—Los artículos 2053, 2055 y 2057 del Código vigente regulan todas las consecuencias jurídicas de la cesión de deudas, que son las siguientes:

1a.—El deudor sustituto queda obligado en los términos en que lo estaba el primitivo; esta consecuencia es un efecto natural de la transmisión de la relación jurídica, que continúa subsistente sin afectarse en lo principal.

2a.—Una vez operada la cesión, el acreedor no puede repetir contra el deudor primitivo, si el substituto se encuentra insolvente, salvo pacto en contrario. La simple cesión de deudas implica la substitución del deudor primitivo y, por consiguiente, la exoneración de éste, aun cuando el substituto resulte insolvente. Es decir, no está en la naturaleza de la cesión aumentar un nuevo deudor a efecto de que el primitivo y el substituto respondan de la deuda. Por el contrario, es consecuencia jurídica inmediata la de liberar a aquél. Sin embargo, puede alterarse por un pacto expreso esta consecuencia ordinaria de la cesión de deudas, y estipular que el deudor primitivo quedará respondiendo con el substituto, bien sea solidariamente, o en forma subsidiaria para el caso de insolvencia.

3a.—"El deudor substituto puede oponer al acreedor las excepciones que se originen de la naturaleza de la deuda, y las que le sean personales, pero no puede oponer las que sean personales del deudor primitivo". (Art. 2056).

Al efecto se nota que así como en la cesión de créditos el deudor puede oponer al cesionario las mismas excepciones que podría oponer al cedente en el momento en que se hace la cesión, de igual suerte, por

tratarse también de una transmisión de la relación jurídica, en la hipótesis de cambio de deudor, el substituto puede oponer las excepciones que se originen de la naturaleza misma de la obligación, pero no puede oponer aquellas que sean exclusivamente personales del deudor primitivo.

4ª.—"Cuando se declara nula la sustitución de deudor, la antigua deuda renace con todos sus accesorios, pero con la reserva de derechos que pertenecen a tercero de buena fe". (Art. 2057).

Esta consecuencia se presenta también en la novación, ya que conforme al Art. 2219 del Código Civil "si la novación fuere nula, subsistirá la antigua obligación". No obstante, la explicación jurídica en uno y en otros casos es diferente; en la cesión de deudas, cuando se declara nula la substitución de deudor debe subsistir la misma relación jurídica con el sujeto pasivo primitivo, en virtud de que si no llegó a operarse la transmisión y, por consiguiente, el cambio de deudor, es de toda necesidad que continúe el mismo vínculo jurídico.

En cambio, cuando la novación es nula, dice el Art. 2219, subsiste la antigua obligación debido a que siendo el objeto de esta figura jurídica extinguir una deuda para dar nacimiento a otra, es evidente que si esta última no puede nacer para reemplazar a la primera, subsistirá la antigua.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, págs. 418 y 419.

10.—*Utilidad de la cesión de deudas.*—Los efectos útiles de la cesión de deudas se aprecian principalmente cuando una misma persona es deudora y acreedora de distintas personas a la vez. Por ejemplo, cuando el sujeto B es deudor de A y acreedor de C, de tal suerte que tenemos dos relaciones jurídicas: la relación AB y la BC. El objeto de la cesión de deudas en este caso es extinguir la relación jurídica BC dejando subsistente la otra; pero para que tal efecto se produzca, es menester que se trate de deudas iguales, aceptando C ocupar el lugar de B frente al acreedor A. Es decir, C asume la obligación de B, con el consentimiento de A. De esta suerte, la relación BC desaparece, pues C paga su deuda frente a B, al aceptar quedar obligado con A.

Planiol ilustra este caso comparando también la cesión de deudas con la de créditos. En el mismo ejemplo se comprueba la utilidad de la cesión de créditos para dejar subsistente una relación jurídica y extinguir la otra, sólo que el funcionamiento es distinto en ambas instituciones jurídicas.

Planiol, ob. cit., t. II, Obligaciones, pág. 269.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA

Cesión de derechos hereditarios, consecuencias de la declaración de

subroga en los derechos de otra empresa, derechos consistentes en el crédito a cargo de determinadas personas, mediante una cesión de derechos que consta en escritura pública, la notificación a dichas personas de la cesión del crédito a su cargo no tuvo que hacerse también en escritura pública, pues para los efectos de que quedaran enterados de la operación, bastó que se les hiciera la notificación por medio de testigos.

Reclamación en amparo directo 3260/1959. Luis Héctor y Fco. José Avila Garza y Coag. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. Mariano Ramírez Vázquez.

Cesión de derechos hereditarios, conseceuncias de la declaración de inexistencia de la (Legislación de Veracruz).—Al declararse inexistentes unos contratos de cesión de derechos hereditarios sobre determinado inmueble, corresponde al que sea reconocido como dueño, todo lo que legalmente debieron producir por cualquier motivo, ya sea venta, arrendamiento, etc., y esos valores deberán ser restituidos por el demandado, desde la fecha en que se adueñó de los bienes sobre los cuales recaen los derechos hereditarios, y por lo mismo no pudieron producir efecto legal alguno en su favor.

Amparo directo 2633/1958. Donato Antonio Pérez. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. José López Lira.

CAPITULO III

SUBROGACIÓN

1.—*Posición del Código anterior y del vigente.*—La subrogación es otra de las formas de transmisión de las obligaciones. En el Código anterior indebidamente se clasificaba el pago con subrogación, dentro de las formas de extinción de las mismas. El vigente estima que la subrogación sólo implica una transmisión del vínculo, operándose como en la cesión de créditos, un cambio de acreedor, pero con las diferencia de que es forzoso en la subrogación legal. Por esto los romanos la consideraron como una cesión obligada de acciones. En el Código de 1884, como al pago se le daba un efecto extintivo de carácter inmediato, el pago con subrogación también se clasificó dentro de las formas de extinción de las obligaciones. Sin embargo, aunque es cierto que el pago trae consigo una extinción de la relación jurídica, en el Código vigente se parte del principio que en la subrogación ese pago se efectúa no con el fin de extinguir el crédito, sino simplemente para substituir al acreedor.

2.—*Definición.*—La subrogación es una forma de transmitir de las obligaciones por cambio de acreedor, que se opera por ministerio de ley en los casos en que un tercero paga al acreedor cuando tiene in-

terés jurídico en el cumplimiento de la deuda, o bien, cuando por un convenio entre el acreedor y un tercero, aquél transmite a éste, por virtud de un pago que recibe, todos los derechos que tiene contra su deudor. De esta suerte, se distinguen dos formas de subrogación: la legal y la convencional, cuya definición es distinta.

Planiol, ob. cit., Las Obligaciones, pág. 318.

3.—*Subrogación legal.*—Esta es una forma de transmisión de las obligaciones que se opera por ministerio de ley, cuando un tercero que tiene interés jurídico en el cumplimiento de la deuda, paga al acreedor, substituyéndose de pleno derecho en sus acciones, facultades y privilegios. En consecuencia, esta subrogación legal es un acto jurídico unilateral que sólo implica la manifestación de voluntad del tercero, con el fin de substituirse en los derechos del acreedor. No hay en esta operación jurídica un contrato, o un acto jurídico bilateral, ya que el tercero no requiere ni del consentimiento del acreedor, ni el del deudor, y basta con que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, para que al efectuar el pago reemplace al acreedor, aun contra la voluntad de éste.

4.—*Subrogación convencional.*—Esta es una forma de transmisión de las obligaciones por un acuerdo celebrado entre el acreedor y un tercero, por virtud del cual éste adquiere de aquél, mediante un pago que le hace, las acciones y privilegios existentes contra el deudor. En este caso, la subrogación convencional implica un acto jurídico bilateral, un contrato entre acreedor y tercero para la transmisión de la obligación.

En la subrogación convencional se distinguen dos formas: la consentida por el acreedor y la consentida por el deudor.

5.—*Subrogación convencional consentida por el acreedor.*—En ésta, por virtud del contrato entre acreedor y tercero, se opera en la transmisión del crédito. En la definición que hemos propuesto únicamente comprendemos esta forma, en virtud de que el Código vigente, al tratar de la subrogación por ministerio de ley, comprende la tradicionalmente reconocida en Francia y en el Código Napoleón, como subrogación consentida por el deudor, que pasó a nuestros Códigos de 1870 y 1884, pero que fue modificada en el actual para reputarla como un caso de subrogación legal.

Planiol, ob. cit., Las Obligaciones, págs. 318 y 319.

6.—*Subrogación convencional consentida por el deudor.*—Se opera la transmisión del crédito debido a un acuerdo entre deudor y tercero, para que aquél pague con dinero que le entregue este último, siempre y cuando se haga constar en forma auténtica, en el documento corres-

pondiente, al efectuarse el pago, que éste se verificó con dinero del tercero entregado para ese efecto.

En esta subrogación consentida por el deudor, existe más que un acto jurídico bilateral por acuerdo entre tercero y deudor, un reconocimiento que hace la ley para que de pleno derecho se transmita el crédito al tercero, independientemente de la voluntad del acreedor. En rigor, no es exacto, como se decía tradicionalmente, que el deudor obligue al acreedor a traspasar el crédito, cuando un tercero le ha facilitado el importe del mismo, y así se hace constar en el momento del pago. Propiamente existe una subrogación legal, y por esto el Código Civil así lo ha declarado en su Art. 2059 que dice: "Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato".

Se observa, con relación al Art. 2059 del Código en vigor, que el de 1884 no decía que el prestamista quedaba subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor. Simplemente el Art. 1953 del citado Código disponía que el prestamista quedaba subrogado en los derechos del acreedor, sin advertir que fuera por ministerio de ley.

"Origen histórico.—Como en el antiguo derecho estaba prohibido el mutuo con interés, los capitalistas colocaban su dinero por medio de rentas. Durante las guerras de religión se había fijado el tipo de las rentas en un doceavo, es decir, el interés anual era la décima segunda parte del capital, o sea un 8 1/3% (Edicto en 1576). Durante el reinado de Enrique IV, con la paz vino la prosperidad y disminuyó el tipo de rentas; el Edicto de 1601 fijó este tipo en un dieciseisavo (6¼%). Entonces los deudores que habían contratado cuando estaba vigente el edicto de 1576 trataron de obtener otro préstamo, al nuevo tipo, para pagar a sus antiguos acreedores y hacer menos onerosas sus obligaciones. La diferencia era sensible; un poco más de 2%. Pero los capitalistas a quienes solicitaban el nuevo préstamo exigían garantías, y la mayoría de los deudores, cargados de deudas y gravados con hipotecas sucesivas no podían ofrecer ninguna garantía nueva y eficaz; era necesario transmitir a los nuevos acreedores las hipotecas de los antiguos, que por su anterioridad se encontraban en lugar privilegiado. Empero los primeros acreedores, que conocían esta situación y que querían conservar su renta al tipo pactado, se negaban a consentir en la subrogación porque, una vez pagados, ya no les era posible encontrar una nueva inversión sino al tipo reducido del edicto de 1601. Gran número de deudores, y los más interesados, se encontraban, pues, por la mala voluntad de sus acreedores, imposibilitados para aprovecharse de la mejora acaecida en las condiciones económicas del país.

El gobierno los libró de estas dificultades permitiéndoles a ellos mismos consentir en la subrogación, que sus acreedores se negaban a otorgar. Tal fue el objeto del edicto de mayo de 1609. Más tarde, el Parlamento de París, dictó sobre la misma materia una sentencia de reglamento, del 6 de julio de 1690. He aquí el origen de esta subrogación contraria a todos los principios que, sin embargo, nunca se ha discutido desde que fue establecida". (Planiol, ob. cit., Las Obligaciones, págs. 320 y 321).

7.—*Casos en que tiene lugar la subrogación legal.*—En términos generales, se presenta en todos aquellos casos en que el tercero paga, cuando tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, y son los siguientes: 1º Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente; 2º Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; 3º Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición; 4º Cuando el que paga es deudor solidario, mancomunado o de obligación indivisible, o bien, ha constituido garantía personal o real para el cumplimiento de la deuda.

En el Art. 2058 del Código vigente, lo mismo que en nuestros Códigos anteriores, se consideró como un caso especial dentro de las formas de la subrogación legal, aquel en que el tercero pagaba cuando tenía interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, y se aceptaron como formas distintas las que hemos enunciado en primero, segundo y tercer lugar.

En rigor, esas tres formas no son especies distintas de la genérica comprendida en la fracción II del Art. 2058, o sea, cuando el tercero paga por tener un interés jurídico. Por el contrario, en nuestro concepto las fracciones 1a., 3a. y 4a. del mismo artículo, consignan distintos ejemplos de un pago hecho por un tercero con interés jurídico. Por lo tanto, bastará con decir que siempre que el tercero tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, quedará subrogado al efectuar el pago, y dentro de las formas posibles que en el derecho se reconocen para determinar cuándo el tercero tiene interés jurídico, habrá que enunciar simplemente como especies de ese género, las que enumera el Art. 2058.

8.—*Modificaciones introducidas por el Código vigente al no reglamentar la subrogación convencional.*—El Código vigente no reglamenta ya la subrogación convencional, y esto ha dado lugar a que se piense que en la actualidad no existe esta forma de transmisión de las obligaciones. El Código anterior, en su Art. 1590 decía: "La subro-

gación es legal o convencional", y el 1592 declaraba: "La subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le subroga en sus derechos, privilegios, acciones o hipotecas contra el deudor. Esta subrogación debe ser expresa y hacerse al mismo tiempo que el pago". A esta forma la hemos denominado subrogación convencional consentida por el acreedor.

Como en el Código vigente sólo se habla en la subrogación legal, se ha creído que ya no existe la convencional. Sin embargo, interpretando el alcance del Art. 2058, se nota que este precepto únicamente ha querido reglamentar los casos en que sin necesidad de declaración alguna de los interesados puede operarse por ministerio de ley la subrogación, pero en manera alguna ha tratado de impedir al acreedor que por un convenio con un tercero le subrogue en sus derechos. Sería contrario al principio de la autonomía de la voluntad prohibir la subrogación convencional. Además, como esta figura no es contraria al orden público ni a las buenas costumbres, no habría fundamento alguno para considerar abolida esta institución.

A mayor abundamiento, el Art. 2072 del Código vigente confirma esta tesis al estatuir que "el acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059". Es decir, la ley declara en qué casos el acreedor está obligado a subrogar al tercero que paga; pero esto no quiere decir que fuera de ellos, le prohiba que por convenio traspase sus derechos al acreedor.

9.—*Diferencia entre el pago con subrogación y los casos en que un tercero paga.*—En los Arts. 2065 al 2074 del Código vigente, se reglamentan los casos en que un tercero paga con consentimiento del deudor, sin su conocimiento y aun contra su voluntad. Estos casos son distintos de los relativos a la subrogación legal. En efecto, cuando el tercero paga con consentimiento del acreedor, se observan, por disposición del Art. 2069, las reglas del mandato, es decir, el tercero se considera como un mandatario del deudor y tiene derecho al reembolso de la cantidad pagada y al de sus intereses, pero no se subroga en el crédito.

Cuando un tercero paga ignorándolo el deudor, según el Art. 2070 sólo tendrá derecho a reclamar la cantidad que hubiere pagado, de tal manera que si cubre una cantidad menor con consentimiento del acreedor, soló podrá reclamar ésta. Además, no tiene derecho a exigir intereses.

Cuando un tercero paga contra la voluntad del deudor, sólo tendrá derecho a cobrar aquello en que le hubiere sido útil el pago. En el Código anterior no se concedía ninguna acción al tercero en este caso pero el vigente, respetando el principio del enriquecimiento sin causa, reconoce en el Art. 2071 el derecho de reclamar la cantidad en que fue útil el pago.

Todos estos casos se distinguen de la subrogación legal porque en ésta el tercero tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación. Por lo tanto, no es un mandatario del deudor, que obre con su consentimiento expreso o presunto, y dado ese interés se subroga en todos los derechos, privilegios y garantías sin limitar sus acciones a prestaciones inferiores como sucede cuando el tercero paga sin consentimiento del deudor, ignorándolo éste o contra su voluntad.

10.—*Distinción entre la subrogación y la cesión de derechos.*—La subrogación legal se distingue en todos sus aspectos de la cesión de derechos, ya que aquélla es, como decían los romanos, una cesión obligada de acciones; es decir, se verifica aun contra la voluntad del acreedor y del deudor. En cambio, la cesión de créditos supone siempre el consentimiento del acreedor, como es evidente.

La subrogación convencional consentida por el acreedor, se distingue de la cesión de créditos, en que en la subrogación, el tercero únicamente adquiere derechos contra el deudor en la cantidad que paga, pero no por la totalidad del crédito cuando el acreedor consiente en recibir una cantidad inferior. En cambio, en la cesión de créditos, aunque el deudor venda su derecho en una cantidad inferior, el cesionario puede reclamar la totalidad de la deuda. Además, la subrogación convencional sólo tiene como fuente o causa eficiente un pago, en tanto que la cesión de derechos, tiene distintas causas: venta, permuta, donación, etc., etc.

Èstas diferencias se deben a que en el pago con subrogación, dicen los tratadistas que el tercero interviene con una función de amistad en favor del deudor; es decir, hace un pago únicamente para favorecer al deudor y substituirse en lugar del acreedor, pero si éste acepta una cantidad inferior, al tercero subrogado no puede exigir la totalidad de la deuda, porque su función no es la de comprar un crédito para reclamar después el pago total.

Además, se distingue la subrogación de la cesión de créditos, en que, en la primera no existen las formalidades de la segunda, ya que la ley no requiere la notificación al deudor que debe existir en todo

caso de cesión de créditos, para que surta efectos con relación al mismo y a terceros. Basta en la subrogación con que se esté en los casos previstos por la ley, sin necesidad de notificación al deudor, para que se opere la transmisión del crédito con respecto a éste y a terceros.

11.—*Principio tradicional en materia de subrogación.*—Tradicionalmente se ha reconocido que en el caso de que un tercero pague parcialmente el crédito, no se subrogará con preferencia del acreedor. Es decir, se estatuye que *el acreedor nunca subroga en su perjuicio,* cuando recibe sólo un pago parcial; en ese caso, si los bienes del deudor no bastan para cubrir la totalidad del crédito, primero debe pagarse al acreedor que ha subrogado en parte y después al subrogatario. Este principio se reconocía por el Código anterior en el Art. 1594 que al efecto decía que "el acreedor al que solamente se hubiere pagado en parte, podrá ejercitar sus derechos con preferencia al subrogado, por el resto de su deuda". El vigente ya no consagra este principio tradicional y en tal virtud, como esa preferencia en favor del acreedor sólo podría fundarse en un precepto expreso de la ley, al derogarse el artículo que la consagraba, debe decirse que actualmente, cuando un acreedor subroga en parte su crédito, para el supuesto de insolvencia del demandado, no tendrá preferencia sobre dicho tercero sino que a prorrata se pagarán acreedor y subrogatario, hasta donde lo permita el remate de los bienes y la solvencia del deudor, para la hipótesis de que demanden y ejecuten conjuntamente; en caso contrario, el que ejecute primero se pagará preferentemente, siguiendo el principio de que el que es primero en tiempo es primero en derecho.

En relación con este problema también disponía el Art. 1597 del citado Código de 1884: "El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, no bastando éste para cubrirlas todas, se hará según la prioridad de la subrogación". El vigente consagra, en el Art. 2061, un principio opuesto, ya que tampoco admite, cuando existen diversas subrogaciones parciales, una preferencia en los subrogatarios según las fechas y prioridades de las subrogaciones. Por el contrario, declara que en ese caso todos los subrogatarios de distintas porciones del crédito, cuando no bastan los bienes del deudor, se pagarán a prorrata. Dice así el citado precepto: "El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, cuando no basten los bienes del deudor para cubrirlos todos, se hará a prorrata".

QUINTA PARTE

EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES

CAPITULO I

NOVACIÓN

1.—*Novación.*—Según el Art. 2213 del Código vigente: "Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente sustituyendo una obligación nueva a la antigua". De acuerdo con este precepto, los elementos de la novación son: 1º—Que una obligación nueva sustituya a una antigua. 2º—Que haya una modificación substancial entre ambas obligaciones. 3º—Que exista la intención de novar y 4º—Que haya capacidad en las partes para verificar la novación.

2.—*Que una obligación nueva sustituya a una antigua.*—Es requisito indispensable que exista la obligación primitiva, de tal suerte que si la misma es inexistente o está afectada de nulidad absoluta, la novación no producirá efectos, según los arts. 2217 y 2218 del Código vigente que al efecto estatuyen: "Si la primera obligación se hubiere extinguido al tiempo en que se contrajere la segunda, quedará la novación sin efecto". "La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solamente pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen".

Planiol, ob. cit., Las Obligaciones, pág. 344.

Cuando la nueva obligación es inexistente, tampoco puede existir la novación, ya que la relación jurídica primitiva no puede quedar sustituida por una que desde el punto de vista jurídico no tiene vida o

existencia legal. Si la nueva obligación es nula, es necesario también distinguir si se trata de nulidad absoluta, o relativa. Cuando es absoluta, tampoco puede producir efectos la novación, ya que dicha nulidad impedirá que se extinga la relación jurídica primitiva y se substituya por una nueva. Dice al efecto el Art. 2219: "Si la novación fuere nula, subsistirá la antigua obligación". En cambio, si la obligación se encuentra afectada de nulidad relativa, como ésta puede quedar convalidad por la ratificación expresa o tácita o por lo prescripción, supuestos estos requisitos, sí surtirá efectos la novación.

Planiol, ob. cit., Las Obligaciones, pág. 346.

3.—*Que haya una modificación substancial entre ambas obligaciones.*—Esta se manifiesta desde diferentes puntos de vista: 1º—En cuanto a los sujetos. 2º—En cuanto al objeto. 3º—En cuanto a las modalidades.

En cuanto a los sujetos, la novación puede ser por cambio de acreedor o por cambio de deudor, llamada en la doctrina novación subjetiva. Esta sí implica una diferencia esencial entre la obligación primitiva y la nueva, en virtud de que los sujetos son elementos esenciales de la relación jurídica y, por lo tanto, todo cambio en el acreedor o en el deudor con la intención de novar (tercer requisito) altera substancialmente el vínculo, de tal manera que extingue la primera obligación para dar nacimiento a una nueva.

La novación objetiva, o sea por cambio de objeto, se presenta cuando se substituye la prestación de dar, hacer o no hacer por otra distinta. Igualmente, como la novación subjetiva, el cambio de objeto en la relación jurídica es esencial y, por lo tanto, hay una extinción del primer vínculo para dar nacimiento a uno nuevo. Supone, naturalmente, el cambio de objeto, un consentimiento de las partes para substituir por otra la prestación inicial. Lo propio debe decirse para la novación subjetiva, en donde además se requiere el consentimiento del nuevo sujeto que interviene en la relación jurídica por crearse. Es decir, cuando hay cambio de acreedor, el deudor y el tercero que substituye a aquél, convienen entre todos ellos en extinguir la relación jurídica primitiva para dar nacimiento a una nueva. Cuando hay cambio de deudor, éste, su acreedor y el tercero que substituye al sujeto pasivo, convienen en extinguir la primera relación para dar nacimiento a una nueva.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, pág. 368.

Por lo que toca a las modalidades, uniformemente la doctrina acepta que sólo la condición es una modalidad susceptible de cambiar la obligación primitiva para dar nacimiento a una nueva; que en cuanto al término, como sólo afecta la exigibilidad de la propia obligación, no es de tal naturaleza esencial que altere la existencia misma de la relación jurídica.

Es decir, una obligación pura y simple, cuando se sujeta a una condición suspensiva o resolutoria, experimenta un verdadero cambio sustancial y, por consiguiente, se extingue la primera relación jurídica que daba nacimiento a derechos definitivos, para dar lugar a una nueva relación hipotética, cuyos derechos dependerán, en cuanto a su nacimiento o extinción, de un acontecimiento futuro e incierto. En cambio, por lo que se refiere al término, como esta modalidad no afecta la existencia misma de la obligación y sólo aplaza su exigibilidad, es evidente que la obligación pura y simple que se convierte en obligación a plazo o viceversa, no sufre un cambio sustancial.

4.—*Que exista la intención de novar.*—A este respecto, el Código dispone que la novación nunca se presume, sino que debe ser expresa, de donde se deduce que el consentimiento nunca debe manifestarse tácitamente en los casos de novación, y que además debe ser escrito o verbal, pero en forma expresa.

En este sentido el Art. 2215 dice: "La novación nunca se presume, debe constar expresamente". En el Código de 1884 el Art. 1611 consagraba el mismo principio, pero además el 1606 decía que había novación cuando las partes en alguna forma demostraran la intención de cambiar la obligación primitiva por otra nueva. Este precepto dio lugar a distintas interpretaciones, en el sentido de que podía aceptarse la novación tácita, toda vez que cualquier forma en que las partes manifestaran su intención de cambiar por otra la obligación primitiva, originaría la novación. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia lo interpretaron uniformemente en el sentido de que sólo cuando la modificación era expresa y de carácter substancial en cuanto a los sujetos, objetos o condiciones existía la novación.

El animus novandi es un elemento esencial en la novación porque el objeto de esta figura jurídica es extinguir una relación para crear otra; por lo tanto, no pueden existir ni uno ni otro efectos, si las partes no se proponen dar término a la primera obligación para crear otra de naturaleza jurídica distinta. Por otra parte, no podría existir animus novandi si no hubiera una modificación substancial por cambio de

sujetos, objetos o condiciones. Por esto se dice que la novación es un convenio, en cuanto que extingue la relación primitiva, y un contrato en cuanto que crea una nueva.

5.—*Que haya capacidad en las partes para verificar la novación.*— El último elemento de la novación consiste en la capacidad para novar. Como la novación implica una extinción de la primera obligación y la creación de una nueva, es evidente que las partes deben tener capacidad general para contratar y especial para enajenar, cuando se ejecuten actos de dominio, al crear la nueva relación jurídica.

"Capacidad exigida.—Para la novación no basta que el acreedor tenga capacidad para recibir el pago, y el deudor para pagar. La ley exige la capacidad de contratar (artículo 1272), lo que significa que el deudor debe ser capaz de obligarse, puesto que contrae una nueva obligación, y que el acreedor debe ser capaz de disponer de su crédito ya que renuncia a su primitivo derecho". (Planiol, ob. cit., Las Obligaciones, pág. 352).

6.—*Comparación de nuestro Código con el alemán.*—En el Código Civil alemán se ha suprimido la novación, por cuanto que se considera que la subjetiva en realidad es, o una cesión de créditos, o una cesión de deudas. Es decir, la novación por cambio de acreedor se equipara a la cesión de créditos; la de cambio de deudor, se identifica con la cesión de deudas, y en cuanto a la objetiva, considera que ésta ha quedado substituida por la dación en pago, ya que en ésta se cambia el objeto de la prestación.

Comparando nuestro Código vigente con el de 1884, se nota que el anterior hablaba expresamente de la novación subjetiva por cambio de acreedor y de deudor, en el artículo 1607 al estatuir: "Hay también novación cuando un nuevo deudor es substituido al antiguo, que queda exonerado; o cuando el antiguo acreedor es substituido por otro, con quien queda obligado el deudor primitivo". Por este motivo se ha creído que como el Código vigente ya no habla de la novación subjetiva, sólo reconoce la objetiva; sin embargo, dada la definición que contiene éste en su Art. 2213, se sobrentiende que la subjetiva queda comprendida al hablar de una modificación substancial entre la obligación primitiva y la nueva, pues tal efecto implica necesariamente el cambio de acreedor o de deudor.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA LA FECHA

7.—"*Novación.*—Nunca se presume; está sujeta a las condiciones de todos los contratos y a las disposiciones expresas de la ley. La novación de contrato sólo existe, cuando de manera clara aparece la intención de cambiar por otra, la obligación primitiva". (Tesis 231 de la última compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1965, cuarta parte, pág. 729).

8.—*Novación, inexistencia de la, en la compraventa.*—Si el contrato de compraventa no se alteró substancialmente ni en la cosa ni en el precio, que siguen siendo los mismos, y lo único que se cambia es que los pagos se harán en un domicilio distinto al en que se dice en el contrato de compraventa, esto no altera substancialmente dicho contrato ni la obligación referida, sino que es una forma de facilitar los pagos del deudor.

Amparo directo 6112/76.—Francisco Mancera Cárdenas.—24 de octubre de 1977.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: Raúl Lozano Ramírez.
Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 103-108. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1977. Tercera Sala. Pág. 157.

9.—*Novación. No se da porque se acepten pagos fuera de los términos inicialmente pactados.*—Ninguna disposición jurídica establece que la modificación accesoria de lo contratado, consistente en la aceptación de una serie de pagos fuera de los términos consignados en el contrato, implique novación, la cual por otra parte, siempre debe hacerse constar expresamente, conforme a lo previsto en el artículo 2215 del Código Civil.

Amparo directo 4994/73. Prismo Mexicana, S. A., 17 julio 1978. Unanimidad de 4 votos. Ponente Alfonso Abitia Arzapalo.

Novación, la prórroga o la abreviación del término, no constituyen novación, porque no tocan de ningún modo a los elementos constitutivos de la obligación, sino que la dejan subsistente en todas partes. La no-

vación supone, de parte del acreedor que la consiente, una renuncia que es indispensable que conste expresamente.

Quinta Epoca:

Tomo XVI, Pág. 1227. Machado de García Cuéllar Pomposa.
Tomo XVII, Pág. 9. "Y. Mendicuti Rivas, Sucs.".
Tomo XXVII, Pág. 644. Cardona Vda. de Osorio Teres.
Tomo XXV, Pág. 136. Bringas, Adolfo.
Tomo XXVI, Pág. 1246. Ibarra, Felipe.

Novación, requisitos que deben cumplirse para tenerla por demostrada.—De la interpretación de las disposiciones que norman la novación en el Código Civil artículos 2213 a 2223 se infiere que para tenerla por comprobada deben cumplirse los siguientes requisitos: 1.—Que exista una obligación anterior. 2.—Que esa obligación sea substituida por otra, alterándola substancialmente. 3.—Que haya un elemento de esencia diferencial entre la antigua y la nueva obligación. 4.—Que se exteriorice expresamente la voluntad de novar o animus novandi. Por consiguiente, si en un caso concreto sostiene que se produjo la novación, pero no se demuestra la existencia de los requisitos especificados debe considerarse infundado el planteamiento.

Amparo directo 6823/86.—Felipe Fridlewis. 18 de febrero de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Amparo directo 10450/83.—Banco Nacional de México, Sociedad Nacional de Crédito. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: José Nabor González Ruiz.

Amparo directo 7196/86.—Marcelo Chiquián Arias. 26 de octubre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Díaz Infante. Secretario: Tarcicio Obregón Lemus.

CAPITULO II

DACIÓN EN PAGO

1.—*Concepto.*—La dación en pago es otra forma de extinguir las obligaciones, y se presenta cuando el deudor, con el consentimiento

del acreedor, le entrega a éste una cosa distinta de la debida, quien la acepta con todos los efectos legales del pago. Así definida la mencionada forma de extinción de las obligaciones, en rigor se presenta como una excepción al principio de la exactitud en la substancia de los pagos que hemos analizado. En efecto, según dicho principio, el deudor sólo puede entregar exactamente la cosa o prestación debida, y para el caso de que no se hubiere determinado con precisión, deberá entregar una de mediana calidad.

Ahora bien, en la dación en pago, por convenio de las partes, el deudor entrega una cosa distinta de la debida, y el acreedor consiente en que con dicha entrega quede extinguida la obligación.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, pág. 315.

2.—*Teoría tradicional.*—La teoría tradicional ha considerado siempre a la dación en pago como una excepción al principio de la exactitud en la substancia a que nos hemos referido, es decir, como una modalidad del pago mismo. Conforme a esta tesis, cuando el acreedor sufre evicción, es decir, cuando es privado de la cosa por un derecho de tercero anterior a la dación en pago, tiene derecho a exigir a su deudor el cumplimiento de la prestación primitiva, supuesto que implicando la dación sólo una excepción al principio de exactitud en la substancia de los pagos, se estima que por virtud de la evicción, el acreedor no quedó pagado, y que en consecuencia está facultado para repetir, o sea para exigir el pago de la prestación que realmente se le adeuda.

3.—*Teoría de Aubry y Rau y de Planiol.*—En contra de esta teoría tradicional, Aubry y Rau (t. III, Nº 292, t. IV, Nº 318 y 324) y Planiol, ven en la dación en pago una verdadera novación objetiva, y consideran que hay un cambio en la prestación u objeto de la relación jurídica, consentido por el acreedor, con la peculiaridad de que la nueva obligación que nace con objeto distinto es ejecutada inmediatamente. En la novación ordinaria de carácter objetivo, la nueva obligación que se crea con una prestación distinta, no se ejecuta inmediatamente; en cambio, en la dación en pago la peculiaridad consiste en que en el momento mismo en que nace la nueva obligación, se ejecuta y, por consiguiente, se extingue.

Planiol, ob. cit., Las Obligaciones, págs. 338 y 339.

4.—*Código alemán.*—En éste se sostiene que la novación objetiva ha sido substituida por la dación en pago. Es decir, en tanto que para Planiol la dación en pago es una especie del género "novación objetiva", para el Código alemán se invierten los términos y la especie "dación en pago" abarca el género "novación objetiva".

5.—*Consecuencias de la tesis de Planiol.*—Si se considera que la dación en pago es una novación, cuando el acreedor sufra evicción, no podrá exigir a su deudor el pago de la prestación primitiva, supuesto que ya se extinguió la primera relación jurídica y nació una nueva. En consecuencia, sólo tendrá la acción de saneamiento para el caso de evicción con respecto a la nueva obligación constituida por la dación en pago.

El Código vigente no acepta que la dación en pago sea una novación, sino al contrario, sigue la doctrina tradicional y estima que es sólo una excepción convencional al principio de exactitud en la substancia en los pagos. Por ese motivo la reglamenta en el capítulo referente al pago mismo, y el Art. 2095 dice: "La obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida".

Consecuente con este principio, el Art. 2096 del mismo Código dispone que cuando el acreedor sufre evicción de la cosa que recibió en pago, renace la obligación primitiva, quedando sin efecto la dación. Esto demuestra que no hubo novación, puesto que si existiera, el acreedor sólo tendría derecho al saneamiento para el caso de evicción, sin que pudiera renacer la obligación primitiva que por la novación había quedado extinguida. Sin embargo, hay impropiedad en los términos, porque al decir el Art. 2096 que renace la obligación primitiva, veladamente da a entender que hubo por lo menos un principio de extinción, ya que gramaticalmente para que una cosa renazca se supone que se extinguió.

Independientemente de esta cuestión gramatical, el problema ju-

rídico en cuando al fondo debe resolverse en el sentido de que la dación en pago no implica novación en nuestro derecho.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, págs. 316 y 317.

CAPITULO III

COMPENSACIÓN

1.—*Definición.*—Según el Art. 2185 del Código vigente: "Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho". Este precepto contiene los elementos fundamentales de la definición, toda vez que supone que en la compensación dos sujetos reúnen recíprocamente la calidad de acreedor y deudor por su propio derecho, tal como se exigía en la doctrina y desde el derecho romano.

Como se ve, la compensación es un medio de extinguir obligaciones recíprocas para evitar un desplazamiento inútil de dinero o bienes fungibles, ya que sería contrario a la rapidez de las transacciones que el deudor pagara a su acreedor, para que éste a su vez, siendo deudor del primero, le hiciera un nuevo pago. Además, la compensación se justifica por una razón de equidad, en virtud de que sería injusto exponer al deudor a que pagara a su acreedor, quedando éste expuesto a los peligros de la insolvencia, quiebra o concurso.

2.—*Utilidad práctica de la compensación en los bancos.*—En estas instituciones es patente la utilidad de la compensación, y diariamente funciona una cámara con este nombre, que tiene por objeto evitar el desplazamiento inútil de moneda entre los distintos bancos, a efecto de liquidar las operaciones de los que son acreedores y deudores entre sí. En nuestro país existe en el Banco de México, la cámara de compensación, que cumple diariamente con este cometido esencial para la rapidez de las transacciones y la facilidad del crédito.

3.—*La compensación en el derecho romano.*—En el derecho romano clásico, la compensación no llegó a operar ipso jure, sino que era menester que el demandado la invocara por vía de excepción, a efecto de que el juez la declarara, si las partes previamente no habían llegado a un acuerdo para que ésta funcionara independientemente de la declaración judicial.

Posteriormente, en la época de Justiniano, se discute si la compensación llegó a operar ipso jure, es decir, de pleno derecho, como ocurre en el Código Napoleón, en el italiano y en nuestra legislación. Por lo menos todos los autores están de acuerdo en que el derecho clásico, la compensación no fue apta para extinguir las obligaciones en forma necesaria y obligatoria, o sea independientemente de la voluntad de las partes. Sólo se aceptó la compensación en forma obligatoria en el caso del argentarius (banquero) "quien podía accionar solamente por el saldo de cuenta contra su cliente, y en el bonorum emptor, adquirente de los bienes del quebrado) que estaba obligado a deducir lo que al deudor del quebrado debía éste a su vez". (Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 232).

En esta discusión que se ha suscitado sobre la naturaleza de la compensación en la época de Justiniano, y sobre el alcance de la misma para extinguir las obligaciones ipso jure, la opinión más aceptada entre los romanistas es la de que Justiniano se propuso introducir la compensación legal como un medio necesario y forzoso de extinción de las obligaciones, por el solo hecho de ser invocada por el deudor en juicio al oponer la excepción correspondiente. Supuestos estos requisitos, el juez necesariamente tenía que declarar la extinción de las obligaciones compensables hasta la concurrencia de la menor. Es decir, en tanto que la compensación no operaba en forma legal e independientemente de la voluntad de las partes en el derecho clásico, a partir de Justiniano sí funcionó en esa forma, pero esto no quiso decir que el demandado se viera libre de no invocarla como excepción para que el juez de oficio la hiciera valer.

Es evidente que en el caso de controversia, *lo mismo que en nuestro derecho,* debía el demandado oponer la excepción correspondiente, ya que el juez no estaba capacitado para hacerla valer de oficio.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, págs. 334 y 335.

4.—*Diversas clases de compensación.*—Se distinguen cuatro clases de compensación: la legal, la judicial, la convencional y la facultativa.

5.—*Compensación legal.*—Esta es la más importante y a la que nuestro Código consagra la reglamentación principal. Existe cuando dos sujetos reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente, y por su propio derecho, respecto de deudas líquidas, exigibles y homogéneas.

De esta definición se desprenden los siguientes requisitos de toda compensación legal:

1º—La existencia recíproca de dos deudas, en las que los deudores y acreedores actúen en su propio nombre. De aquí se deduce que no puede haber compensación sino cuando el deudor es acreedor por su propio derecho de su mismo acreedor; que por lo tanto, el representante no puede oponer compensación con el crédito del representado que el deudor principal en los casos de fianza, no puede oponer compensación a su acreedor con el crédito que tenga el fiador en contra de éste; pero el fiador sí puede oponer compensación al acreedor con el crédito que tenga el deudor principal en contra del citado acreedor. Por la misma razón el deudor solidario no puede oponer compensación al acreedor con el crédito que tenga alguno de los deudores solidarios respecto a este último; pero la compensación ya efectuada sí extingue la obligación y aprovecha a los demás deudores (Art. 1991).

2º—Homogeneidad. Es decir, que las prestaciones objeto de compensación tengan por objeto cosas que puedan substituirse recíprocamente. Sólo pueden ser objeto de compensación las obligaciones de dar respecto de cosas equivalentes o fungibles. En cuanto a las de hacer o de no hacer, no es concebible siquiera la posibilidad de compensación, y en las de dar cosas ciertas y determinadas, así como en las de especies que no sean fungibles, no cabe la compensación.

Este elemento se funda en el principio de exactitud en la substancia, fundamental en todo pago, según el cual el acreedor no puede ser obligado a recibir cosa distinta de la que le es debida. Por lo tanto, para que la compensación opere, las prestaciones que se compensan deben ser equivalentes, o en otras palabras, referirse a cosas intercambiables. En el Código Napoleón (Art. 1291) se habla de cosas fungibles. En el italiano (Art. 1287) se requiere que las obligaciones tengan por objeto una suma de dinero o una determinada cantidad de cosas de la misma especie, que puedan en los pagos substituirse unas por otras.

Nuestro Código vigente dice en su Art. 2187: "La compensación no procede sino cuando ambas deudas consisten en una cantidad de dinero, o cuando siendo fungibles las cosas debidas, son de la misma especie y calidad, siempre que se hayan designado al celebrarse el contrato". Relacionando este precepto con el artículo 763, ("Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad. Los no fungibles son los que no pueden ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad") se desprende que la fungibilidad de los bienes supone necesariamente la homogeneidad entre los mismos y, por consiguiente, la posibilidad de que puedan ser reemplazados los unos por los otros.

3º—Los créditos deben ser líquidos. Es necesario, además, que los créditos compensables sean líquidos, y jurídicamente esto significa que tengan un importe determinado o que pueda determinarse dentro del plazo de nueve días. Al efecto dice el Art. 2189: "Se llama deuda líquida aquella cuya cuantía se haya determinado o puede determinarse dentro del plazo de nueve días". Para significar este requisito en el derecho romano se decía que el crédito debe ser cierto en la cuantía, *"quum certum est quantum debeatur"*.

4º—Exigibilidad.—Además, los créditos deben ser exigibles, según el Art. 2190 del Código vigente: "Se llama exigible aquella deuda cuyo pago no puede rehusarse conforme a derecho". Es decir, los créditos sujetos a condición, a término, o afectados de nulidad o inexistencia no son exigibles conforme a derecho. Aun cuando este precepto, al definir lo que se entiende por deuda exigible, sólo se refiere a la posibilidad de requerir su pago, se sobrentiende que el crédito exigible debe ser existente y válido, de tal suerte que cuando la obligación está afectada de inexistencia o de nulidad, no opera la compensación, pues no puede decirse en estricto derecho que la prestación sea exigible.

Planiol, ob. cit., Las Obligaciones, págs. 365 y 366.

En el crédito condicional, si la condición es suspensiva, la exigibilidad de la misma depende de un acontecimiento futuro e incierto; si es resolutoria, de que no se realice el acontecimiento previsto y, por consiguiente, en uno y otro casos no puede operar la compensación. En cuanto al término, como esta modalidad aplaza o difiere los efectos

de la obligación, es evidente que no siendo exigible desde luego, tampoco puede servir de base para que funcione la compensación. Por las mismas razones, cuando la obligación es inexistente o nula, hay un impedimento para que opere esa forma de extinción de los créditos, ya que no son exigibles.

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 236.

6.—*Compensación judicial.*—"Judicial es la compensación, cuando faltando alguno de los requisitos que la producirían de pleno derecho, la pronuncia el juez acogiendo la excepción o reconvención que contra la demanda del actor opone el demandado". (Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 234).

Es decir, en la compensación judicial no se cumplen los requisitos de la compensación legal para que opere de pleno derecho y, por lo tanto, el juez puede declararla procedente si durante el curso del procedimiento se hace líquido el crédito que no lo era al contestar la demanda, o bien se convierte en exigible la obligación que estaba sujeta a plazo y que al iniciarse el juicio no era compensable.

Aunque en la compensación judicial, el juez puede estimar cumplidos los requisitos necesarios para la compensación legal, hasta el momento de la sentencia, esto no quiere decir que en los casos en que proceda aquélla desde el emplazamiento, el juez no tenga que reconocerla, pues en toda controversia, si las partes discuten sobre la procedencia o improcedencia de la compensación legal, la función del juez al declarar el derecho y resolver, tendrá que ser también, como en el caso de la compensación judicial, la de establecer en su fallo que ha procedido dicha compensación ipso jure.

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 234.
Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, págs. 335 y 336.

7.—*Compensación convencional.*—Esta ocurre cuando las partes, de común acuerdo, declaran compensables dos créditos que no lo eran en virtud de que no satisfacían los requisitos legales necesarios a que nos hemos referido. Por convenio de las partes, se pueden hacer compensables dos créditos que no sean líquidos o exigibles, o bien prestaciones que no sean fungibles entre sí. Dentro del principio de la autonomía de la voluntad, los interesados pueden hacer exigible un crédito que aún está sujeto a plazo, o bien cuando las prestaciones no son

homogéneas, las partes pueden convenir en asignarles un determinado valor para determinar la equivalencia y lograr la compensación.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, pág. 333.

8.—*Compensación facultativa.*—Esta tiene lugar cuando por declaración unilateral de una de las partes a quien no se puede oponer la compensación por la otra, acepta que opere, bien sea para que reconozca como exigible el crédito que no lo es, o lo estime como líquido a pesar de su indeterminación. Se distingue la compensación facultativa de la convencional, en que en esta última se requiere acuerdo de ambas partes, para que sin cumplirse los requisitos legales pueda operarse la extinción recíproca de los créditos hasta la concurrencia de la deuda menor. En cambio, en la facultativa basta la declaración unilateral de aquel a quien no se pueda oponer la compensación, para que sin el consentimiento de la otra parte, ésta se produzca.

En relación con la compensación convencional previene el Art. 2188 del Código: "Para que haya lugar a la compensación se requiere que las deudas sean igualmente líquidas y exigibles. Las que no lo fueren, sólo podrán compensarse por consentimiento expreso de los interesados". Como se ve, en su última parte reconoce la compensación convencional, al permitir que por consentimiento expreso de los interesados puedan compensarse dos créditos que no sean líquidos y exigibles.

Ruggiero, ob. cit., II, pág. 233.

9.—*Efectos de la compensación.*—Según el Art. 2186: "El efecto de la compensación es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor". Cuando las deudas compensables son de la misma cantidad, quedan extinguidas automáticamente; cuando una es mayor que otra, es evidente que se extingue la deuda mayor hasta el importe de la menor. Aquí se nota el efecto principal de la compensación, pues es un medio de extinción doble por cuanto que termina al mismo tiempo dos relaciones jurídicas. Esto mismo comprueba su gran utilidad en la práctica.

Planiol, ob. cit., Las Obligaciones, pág. 371.

Según el Art. 2194: "La compensación, desde el momento en que es hecha legalmente, produce sus efectos, de pleno derecho y extingue todas las obligaciones correlativas". Conforme a este precepto, en nues-

tro derecho se acepta que la compensación opera ipso iure, pero si una controversia se presenta entre las partes, el juez debe declararla. Ahora bien, como la compensación opera de pleno derecho, cumplidos los requisitos legales es evidente que el momento en que se exitinguieron, las obligaciones es aquel en que los dos créditos reunieron los requisitos que hemos mencionado para que la compensación funcione por ministerio de la ley.

De esta suerte, si una controversia surge entre las partes, aunque el juez tenga que declarar la compensación, su sentencia tendrá efectos retroactivos para reconocer que desde el momento en que se cumplieron los requisitos legales se extinguieron los créditos hasta la concurrencia del menor; es decir, el fallo no viene a establecer la extinción para que ésta produzca sus efectos en el momento en que cause ejecutoria. Desde este punto de vista es indiscutible el carácter de la compensación operando de pleno derecho.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. I, págs. 346 y 347.

Sin embargo, existe controversia desde el punto de vista procesal, para saber si la compensación, como todas las demás excepciones, debe invocarse por el demandado o bien, si el juez de oficio deba reconocerla al dictar sentencia. Dado nuestro sistema procesal, conforme al Art. 260 del Código de Procedimientos Civiles: "El demandado formulará la contestación a la demanda en los siguientes términos:

I. Señalará el tribunal ante quien conteste;

II. Indicará su nombre y apellidos, el domicilio que señale para oír notificaciones en su caso, las personas autorizadas para oír notificaciones y recibir documentos y valores.

III. Se referirá a cada uno de los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposicion. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos;

IV. Se asentará la firma del puño y letra del demandado, o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, lo hará un tercero en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias, poniendo los primeros la huella digital;

V. Todas las excepciones que se tengan, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer simultáneamente en la contestación y nunca después, a no ser que fueran supervenientes.

De las excepciones procesales se le dará vista al actor para que las conteste y rinda las pruebas que considere oportunas en los términos de este ordenamiento;

VI. Dentro del término para contestar la demanda, se podrá proponer la reconvención en los casos en que proceda, la que tiene que ajustarse a lo prevenido por el artículo 255 de este ordenamiento, y

VII. Se deberán acompañar las copias simples de la contestación de la demanda y de todos los documentos anexos a ella para cada una de las demás partes." En tal virtud, si el demandado está en condiciones de oponer la compensación al contestar la demanda, debe hacerla valer; pero si su crédito no es aún líquido o exigible, puede conforme al Art. 273 del mismo Código de Procedimientos, oponer la excepción con el carácter de superveniente antes de la sentencia.

El Art. 531 del mismo ordenamiento permite que contra la ejecución de las sentencias o convenios judiciales es procedente la excepción de compensación, si ésta se opone antes del año, siempre y cuando el hecho que dé nacimiento a la misma sea posterior a la sentencia o convenio, conste por instrumento público, por documento judicialmente reconocido o por confesión judicial.

10.—*Casos en que no tiene lugar la compensación.*—De acuerdo con el Art. 2192: "La compensación no tendrá lugar: I.—Si una de las partes la hubiere renunciado; II.—Si una de las deudas toma su origen de fallo condenatorio por causa de despojo; pues entonces el que obtuvo aquél a su favor deberá ser pagado, aunque el despojante le oponga la compensación; III.—Si una de las deudas fuere por alimentos; IV.—Si una de las deudas toma su origen de una renta vitalicia; V.—Si una de las deudas procede de salario mínimo; VI.—Si la deuda fuere de cosa que no puede ser compensada, ya sea por disposición de la ley o por el título de que procede, a no ser que ambas deudas fueren igualmente privilegiadas; VII.—Si la deuda fuere de cosa puesta en depósito; VIII.—Si las deudas fueren fiscales, excepto en los casos en que la ley lo autorice". Como se ve, este precepto impide la compensación sobre todo cuando se trata de créditos preferentes, como los de alimentos, o privilegiados como los fiscales, considerando que en estos casos existe un verdadero interés público en que dichos créditos sean exigibles independientemente de que el deudor tenga a su vez un crédito contra su acreedor.

Planiol, ob. cit., Las Obligaciones, págs. 369 y 370.

CAPITULO IV

CONFUSIÓN

1.—*Definición.*—Según el Art. 2206 del Código Civil, existe confusión cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona. "La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona. La obligación renace si la confusión cesa".

Dada la naturaleza de la relación jurídica obligatoria, es evidente que para su existencia requiere el sujeto activo y el pasivo; en consecuencia, si las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en la misma persona, hay una imposibilidad lógica de que subsista el vínculo obligatorio. Por la misma razón dispone el Art. 2206 que la obligación renace si la confusión cesa.

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 240.

2.—*Naturaleza jurídica de la confusión.*—Se ha tratado de explicar la confusión equiparándola a una compensación en la que el mismo sujeto en el que se reúnen las calidades de acreedor y deudor, compensa el crédito con la deuda, y de esta manera se opera la extinción de la relación jurídica. Propiamente no existe una compensación, ya que ésta supone la existencia de dos créditos distintos, así como la concurrencia de dos personas desempeñando los papeles de sujetos activo y pasivo respectivamente.

A. Von Tuhr, ob. cit., t. II, págs. 155 y 156.

Más exacta es la explicación que piensa que es una consecuencia necesaria de un principio lógico, según el cual "nadie puede ser deudor de sí mismo". Se trata del mismo problema que origina la extinción de las servidumbres cuando los predios dominante y sirviente pasan a pertenecer a una misma persona, ya que así como nadie puede tener servidumbres sobre cosas de su propiedad, es evidente que nadie puede ser deudor de sí mismo.

3.—*Causas que motivan la confusión.*—Estas son de dos órdenes principalmente: a).—Por sucesión a título universal, en los casos de herencia, cuando el acreedor hereda al deudor o viceversa, después de haberse hecho la partición hereditaria en los términos que después se indicarán. b).—Por sucesión a título particular, cuando el deudor adquiere en forma onerosa o gratuita el crédito que existe en su contra.

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 240 y 241.

a).—Por sucesión a título universal la confusión no se realiza en los casos de herencia antes de la partición, cuando el deudor hereda el crédito que existe en su contra, o bien cuando el acreedor sucede al deudor en todos sus derechos y obligaciones, como consecuencia de la transmisión total de su patrimonio; es decir, cuando recibe el universum jus de su deudor. Existiendo en nuestro derecho el principio de que toda herencia se entiede aceptada a beneficio de inventario aunque no se exprese (Art. 1678 del Código Civil) y que la aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia con los del heredero, no puede operarse la confusión como reunión de patrimonios (el de acreedor y deudor) sino hasta que se ha hecho la partición de la herencia, pues desde la muerte del de cujus hasta la adjudicación hereditaria, según el artículo citado, existe una separación de patrimonios y, por lo tanto, se encuentra en suspenso la causa que motivaría la confusión en las calidades de acreedor y deudor, cuando uno hereda al otro. Por este motivo dice el Art. 2208 del Código vigente: "Mientras se hace la partición de una herencia, no hay confusión cuando el deudor hereda al acreedor o éste a aquél".

"Como la obligación no necesita ser una relación jurídica entre dos personas, sino que puede darse también como vínculo jurídico entre las masas patrimoniales pertenecientes a la misma persona, no se verifica confusión aunque coincidan en una de las personas del deudor y el acreedor cuando dentro del patrimonio del sujeto exista un conjunto de bienes con existencia autónoma, del que forme parte el crédito o la deuda. De aquí que no se dé confusión entre los créditos pertenecientes al patrimonio hereditario y al heredero, ni mientras la herencia, esté sujeta a litigación judicial, forma un patrimonio aparte". (A. Von Tuhr, ob. cit., t. II, pág. 153).

b).—Por sucesión a título particular. Toda transmisión a título particular en la que el deudor adquiera el crédito que existe en su contra, bien sea en forma onerosa o gratuita, implica, como es evidente, la extinción de la obligación.

4.—*Consecuencias que se derivan de la confusión.*—Como principales, podemos citar las siguientes:

I.—Por virtud de la reunión de las calidades de acreedor y deudor en una misma persona, se presentan, para el caso de fianza, los siguientes efectos:

a).—Cuando se reúnen las calidades de acreedor y deudor prin-

cipal, la fianza se extingue por ser una obligación accesoria que sigue la suerte de la principal.

b).—Cuando el fiador adquiere el crédito, o en otras palabras, cuando se reúnen las calidades de acreedor y fiador en la misma persona, la relación jurídica subsiste en un aspecto. Se extingue la fianza, porque nadie puede ser fiador de sí mismo, pero subsiste la obligación principal, ya que el fiador subentra en lugar del acreedor. Esto es una consecuencia de que en la fianza existen dos relaciones jurídicas distintas y puede desaparecer la accesoria, persistiendo la principal.

c).—Cuando se reúnen las calidades de fiador y deudor en la misma persona, se extingue también la fianza, pues ésta queda subsumida en la relación jurídica principal, pero subsiste esta última.

A. Von Tuhr, ob. cit., t. II. págs. 154 y 155.

II.—En los casos de obligaciones solidarias, la confusión que se realiza entre uno de los codeudores y el acreedor, no extingue en su totalidad la obligación, sino sólo en la parte alícuota que corresponda al acreedor o deudor de que se trata. Como en la solidaridad activa, es decir, cuando existen diversos acreedores que puedan exigir la totalidad de la deuda a un solo deudor, las relaciones jurídicas internas entre los primeros implican una división por partes alícuotas del crédito, para definir los derechos de cada acreedor, es evidente que si la confusión se opera entre un acreedor y el deudor, subsistirá la relación jurídica, excepto en la parte cuya confusión se ha realizado.

El mismo razonamiento debe aplicarse en los casos de solidaridad pasiva, es decir, cuando varios deudores responden totalmente de la prestación en favor de un acreedor, ya que las relaciones jurídicas internas de los distintos deudores para definir su responsabilidad, suponen la división de la deuda en partes alícuotas o proporcionales. Dice al efecto el artículo 2207: "La confusión que se verifica en la persona del acreedor o deudor solidario, sólo produce sus efectos en la parte proporcional de su crédito o deuda".

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 241 y 242.

CAPITULO V

REMISIÓN

1.—*Concepto.*—La remisión de la deuda es el medio liberatorio por excelencia, ya que implica un acto jurídico unilateral o bilateral

por virtud del cual el acreedor libera al deudor de su obligación. A este respecto dice el Art. 2209 del Código Civil: "Cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohibe".

Según Ruggiero, en la remisión puede existir el acto jurídico unilateral o bilateral. Generalmente se opina que cuando el acreedor perdona la deuda a su deudor, existe un acuerdo entre ambos y, por consiguiente, un negocio jurídico bilateral. Sin embargo, nada impide que el acreedor, por una declaración unilateral de voluntad, libre a su deudor. *Esta última tesis es reconocida por nuestro derecho positivo, dados los términos del Art.* 2209 *transcrito.*

Tiene importancia determinar la naturaleza de la relación jurídica, para definir si el perdón concedido al deudor por una simple manifestación unilateral de voluntad, adquiere el carácter de irrevocable y, si por consiguiente, desde ese mismo momento éste tiene el derecho de invocar la extinción de la deuda y de oponer en su caso la excepción conducente, cuando a pesar del perdón concedido unilateralmente el acreedor quisiera revocarlo.

Si se acepta que la remisión es un acto jurídico bilateral, el perdón de la deuda podría revocarse entre tanto las partes no celebraran el convenio respectivo, en cambio, si se considera que opera por simple declaración unilateral de voluntad, desde el momento en que se haga tiene el carácter de irrevocable y extingue la deuda. En la doctrina se discute si la remisión es un acto jurídico unilateral o bilateral. Planiol opina que se trata de un negocio bilateral.

Planiol, Las Obligaciones, pág. 378.

En el mismo sentido prescribe el Art. 397 del Código Civil alemán, conforme al cual: "La relación de obligación se extingue cuando el acreedor, por contrato, remite la deuda al deudor. Asimismo, cuando el acreedor, por contrato celebrado con el deudor, reconoce que la relación de obligación no existe".

A. Von Tuhr, ob. cit. t. II, págs. 142 a 146.

2.—*Consecuencias de la remisión.*—Esta extingue la obligación principal y todas las accesorias (Art. 2210). En cambio, la remisión de las obligaciones accesorias no implica la extinción de la principal. Por este motivo los Arts. 2211 y 2212 preceptúan: "Habiendo varios fiadores solidarios, el perdón que fuere concedido solamente a alguno

de ellos, en la parte relativa a su responsabilidad, no aprovecha a los otros". "La devolución de la prenda es presunción de la remisión del derecho a la misma prenda, si el acreedor no pueba lo contrario".

A. Von Tuhr, ob. cit., t. II, págs. 142 y 143.

CAPITULO VI

DELEGACIÓN

1.—*Concepto General*—"En su forma más simple la delegación es una orden dada por una persona a otra para que esta última realice una prestación o haga una promesa a un tercero, en forma a que la prestación o la promesa se sobrentiende hecha por cuenta de la primera. Por tanto, son siempre necesarias en la relación tres personas: un delegante que da la orden de pagar o prometer, un delegado que es la persona a quien se da la orden y un delegatario a quien se hace la prestación o la promesa. Si la orden es de pagar, se tiene la delegación de pago (Zahlungsanweisung); si es de prometer, se produce la figura de delegación de crédito (creditan weisung); entre ambas especies no media diferencia substancial alguna".

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 190.

2.—*Partes que intervienen en la delegación de pago.*—Esta figura supone tres partes necesariamente delegante, delegado y delegatario. Además, una doble relación jurídica respectivamente entre el delegante y el delegado por una parte, y el delegante y el delegatario por la otra. Para representar gráficamente la existencia de esa doble deuda, supongamos que existe un crédito entre A y B; A será el delegatario y B el delegante, por otra parte, en una segunda relación jurídica existente entre B y C, el primero será el delegante y el segundo el delegado. La hipótesis de la delegación ocurre cuando B (delegante) que es al propio tiempo deudor de A (delegatario) y acreedor de C (delegado) ordena a este último, que pague a su acreedor A, y por este medio las dos obligaciones existentes quedan extinguidas mediante un solo pago. Esta es la razón por la cual la delegación de pago debe estudiarse dentro de las formas de extinción de las obligaciones.

De acuerdo con lo expuesto el delegante (en la delegación de pago) es siempre el deudor de una persona y el acreedor de otra; el delegatario es el acreedor del delegante y el delegado es el deudor

del mismo delegante. Lógicamente la institución funciona cuando el delegante ordena al delegado que pague al delegatario. En el caso más simple, cuando las prestaciones son iguales, resulta natural que si B debe a A cien pesos, y a su vez C debe a B igual suma, B ordenará a C que pague esa cantidad a su acreedor A, quedando en consecuencia solventadas las dos obligaciones con un solo pago.

3.—*Utilidad de la delegación.*—Como en el caso de la compensación, la delegación tiene por objeto evitar inútilmente pagos sucesivos con el desplazamiento correspondiente de moneda o bienes fungibles, toda vez que en un solo pago pueden quedar extinguidas las dos relaciones jurídicas de que se trata.

4.—*Diversas clases de delegación.*—Se distinguen los siguientes tipos: delegación titulada, pura o abstracta, novatoria o perfecta y simple o imperfecta. En la delegación novatoria o perfecta existen dos formas: la activa y la pasiva.

A).—La delegación titulada es aquélla en la que el delegado conviene con el delegante en que pagará lo que éste adeuda al delegatario. Es decir, se trata de una delegación convencional.

B).—La delegación pura o abstracta tiene lugar cuando sin mediar las dos obligaciones previas el delegado paga al delegatario, cumpliendo una orden del delegante.

C).—La delegación novatoria o perfecta tiene lugar cuando por un convenio al cual concurren las tres partes, expresamente se estipula que la relación jurídica existente entre el delegatario y el delegante, y la que exista entre éste y el delegado quedarán extinguidas, para dar nacimiento a una nueva relación que directamente se establece entre el delegatario como acreedor y el delegado como deudor, quedando eliminado el delegante.

D).—La delegación simple o imperfecta "es aquélla en que falta la novación. Si un nuevo deudor es delegado para pagar la deuda del delegante y el acreedor lo acepta, pero no libera al primero, el efecto es que un segundo deudor se añade al primitivo". (Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 193).

SEXTA PARTE

MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES

CAPITULO I

Modalidades de las Obligaciones

1.—*Definición y enumeración.*—La modalidad en las obligaciones es un hecho que puede afectarlas, en cuanto a su existencia, exigibilidad, sujetos u objetos; es decir, afecta la existencia misma de la obligación por medio de la condición suspensiva o resolutoria, su exigibilidad a través de un término, o bien hace compleja la naturaleza del vínculo, estableciendo una pluralidad de sujetos en las obligaciones mancomunadas y en las solidarias, o de objetos en las conjuntivas y alternativas. En las obligaciones indivisibles la modalidad recae en la especial naturaleza de la prestación, pues ésta no puede cumplirse en forma parcial, aun cuando lo quisieran así las partes.

2.—*Obligación pura y simple.*—En contraposición a la obligación sujeta a modalidades, se define la obligación pura y simple. Esta es la que existe y es exigible desde luego, y se constituye entre un sujeto activo y un sujeto pasivo, versando sobre un solo objeto.

Hasta ahora, al referirnos a la obligación, hemos partido del tipo puro y simple.

3.—*Diversa forma de afectación de las obligaciones en las distintas modalidades.*—Las modalidades, por consiguiente, alteran a la obligación desde diversos puntos de vista. La forma más radical de afectar a la obligación, es por lo que atañe a su existencia misma. Esta modalidad se llama condición. La obligación condicional lleva en sí un ele-

mento que impide su existencia, como acontece en condición suspensiva, o que provoca su extinción, como ocurre en la condición resolutoria.

Otra modalidad de menor importancia es el término que ya no hiere a la existencia misma de la obligación, sino tan sólo a su exigibilidad; la obligación se constituye con todos sus elementos esenciales, nace a la vida jurídica y sólo se difieren sus efectos, es decir se aplazan, de tal manera que hay una circunstancia que impide su exigibilidad.

También puede existir otra modalidad que no altera ni la existencia, ni la exigibilidad de la obligación, y que sólo implica una carga o gravamen; esta modalidad se llama "carga" o "modo" en las obligaciones. Se discute si desde un punto de vista estrictamente jurídico, hay aquí un hecho o circunstancia que afecte la existencia, exigibilidad, o naturaleza de la relación jurídica. En nuestro concepto, la carga o modo no es una modalidad en sentido estricto. Se dice que hay carga en la obligación cuando al constituirse, una de las partes impone a la otra cierta prestación o gravamen; por ejemplo, el donante impone al donatario la obligación de que ejecute en favor de tercero cierta prestación: que pague durante la vida de éste una pensión, o que le reconozca una hipoteca. Se nota que en este caso la obligación sujeta a una carga, en realidad implica un derecho sujeto a un gravamen; por esto es discutible esta nueva categoría que viene a modificar en forma diferente la naturaleza de la relación jurídica.

Las otras modalidades que hemos enunciado, no hieren a la obligación ni en su existencia ni en su exigibilidad; simplemente hacen más complejo el vínculo, porque éste viene a crear relaciones jurídicas entre diversos sujetos activos y pasivos, o con motivo de diversos objetos, y de esta suerte nacen las obligaciones mancomunadas, que pueden ser activas y pasivas; las solidarias, las indivisibles, las conjuntivas, facultativas y alternativas.

CAPITULO II

CONDICIONES Y TÉRMINOS

1.—*De la condición.*—Trataremos someramente de las obligaciones condicionales. La condición es un acontecimiento futuro e incierto, de cuya realización depende el nacimiento de una obligación o su extinción; en tal virtud, existen condiciones suspensivas y resolutorias; la

condición es suspensiva cuando de su verificación depende el nacimiento de la obligación; es resolutoria, cuando de su cumplimiento deriva la extinción de la misma. En el Código Civil vigente los artículos 1938 a 1940 definen correctamente dicha modalidad al estudiar "La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto". "La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación". "La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido".

2.—*Diferencia con el término.*—En oposición a la condición, el término es un acontecimiento futuro de realización cierta, de cuyo cumplimiento depende únicamente la exigibilidad de la obligación, bien sea aplazando sus efectos a partir de cierta fecha, o bien dando término a la relación jurídica, hasta cierto momento, pero sin efectos retroactivos. Por lo tanto, el término se distingue en la condición en los siguientes aspectos: 1o.—En un acontecimiento de realización cierta; la condición es de realización incierta. 2o.—El término no afecta a la existencia de la obligación, sino sólo a su exigibilidad. 3o.—En el término suspensivo se difieren o aplazan los efectos; en el exitintivo se termina la relación jurídica, pero sin efectos retroactivos.

Luis de Gásperi, ob. cit., v. I, págs. 367 y 368.

3.—*Diferentes momentos en el estudio de las condiciones.*—En cuanto a la condición, es necesario estudiar para la suspensiva y la resolutoria, tres momentos principales: 1o.—Antes de que se cumpla la condición. 2o.—Una vez que se realiza. 3o.—Cuando existe certeza de que ya la condición no podrá efectuarse. Los analizaremos sucesivamente:

1o.—*Antes de que se realice la condición.*—Si es suspensiva, la obligación no nace; si es resolutoria, la obligación nace como pura y simple; pero no es tan sencillo el análisis para determinar los derechos del acreedor en este primer momento. Si la condición es suspensiva, evidentemente que la obligación no ha nacido, pero entonces se presenta el problema de determinar si hay un derecho en germen, como afirman Colin y Capitant; o bien, si no existe un derecho en germen, sino una simple expectativa, ¿cuáles son las acciones que confiere al acreedor?

Planiol opina que indiscutiblemente se trata de una esperanza de derecho.

Colin y Capitant afirmaron que había un derecho en germen, porque el acreedor tiene la facultad de ejercitar todos los actos necesarios para conservar su derecho y porque en el caso de muerte, se transmite hereditariamente su derecho condicional. Este derecho existe, se dice, puesto que es materia de transmisión hereditaria; si no existiera un principio de derecho, no habría transmisión por herencia del acreedor a sus herederos.

También el acreedor podrá ejecutar los actos conservatorios de su derecho, y el Código Civil le permite realizarlos, mediante las diligencias judiciales o extrajudiciales necesarias, para el supuesto de que la condición se realice.

En contra de esta tesis se ha afirmado que no existe un derecho en germen; que propiamente la obligación no nace y hay sólo una expectativa, pero como tal no puede engendrar derechos definitivos; que por esto también son transmisibles por herencia, porque no se sabe si se realizará el acontecimiento, y si éste se cumple surtirá sus efectos retroactivamente y entonces el derecho se tiene como nacido desde la fecha del otorgamiento del acto o contrato. Por lo tanto, debe permitirse la transmisión hereditaria, ante la posibilidad de que se realice la condición y de que el derecho nazca con efectos retroactivos.

Si se resolviese que por no existir derecho no es posible la transmisión hereditaria, se estaría prejuzgando sobre la realización del acontecimiento, y se estaría declarando de antemano que no habría en lo futuro derecho, y por lo tanto que no habría posibilidad de transmisión hereditaria.

El mismo razonamiento se emplea para sostener que el acreedor condicional puede ejecutar actos conservatorios de su posible derecho, antes de que éste exista, pues hay la posibilidad de que llegue a tener vida jurídica. No es que exista en germen, es que hay una expectativa, y ante esta posibilidad debe permitirse al acreedor que ejecute los actos conservatorios, ya que si se realizara la condición, su derecho se vería afectado o parcialmente perjudicado, al no tomar en cuenta las medidas necesarias para su existencia misma.

En sentido contrario a toda la doctrina uniformemente aceptada por los civilistas, opina Kelsen en su obra ya citada: El Contrato y el Tratado, págs. 68 a 71.

Nuestro Código Civil permite, para las obligaciones sujetas a condición suspensiva, ejecutar actos conservatorios del derecho y trans-

mitirlo hereditariamente. Los artículos 1942 y 1948 regulan algunos efectos de la condición antes de que se realice, es decir, durante el primer momento que estamos estudiando.

En cuanto a la condición resolutoria, antes de que se cumpla, el alcance es muy sencillo: surte todos los efectos legales como si fuera pura y simple.

2o.—*Una vez que se realiza la condición.*—Si se trata de obligaciones sujetas a condición suspensiva, el cumplimiento del hecho o suceso futuro e incierto origina el nacimiento de la relación jurídica, pero con efectos retroactivos. El derecho se tiene como nacido desde que la obligación se otorgó en forma condicional. Tratándose de condiciones resolutorias, realizado el acontecimiento se destruyen todos los efectos de la obligación, de tal manera que se considera que no llegó a existir la relación jurídica. Los artículos 1940 y 1941 expresamente previenen que: "La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido". "Cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos de la obligación o su resolución, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto deban ser referidas a fecha diferente".

Sólo tratándose de obligaciones en las que haya una imposibilidad material de destruir sus efectos, no habrá restitución de prestaciones. Supongamos el contrato de arrendamiento sujeto a condición resolutoria, no puede implicar la destrucción retroactiva, porque el arrendatario ya gozó de la cosa, y ese hecho está definidamente consumado ante la imposibilidad física de operar la restitución de prestaciones.

En este segundo momento, para determinar la forma en que opera la retroactividad, cumplida la condición suspensiva o resolutoria, existe una innovación en el derecho moderno; tradicionalmente se había admitido desde el derecho romano, y así lo reconocían nuestros Códigos de 1870 y 1884, que cumplida la condición, el efecto retroactivo era absoluto.

Nuestro Código vigente admite como regla general, cuando no hay convenio de las partes, la retroactividad absoluta, pero permite modificar los efectos de la misma ante un pacto expreso, en el que se refieran esos efectos a una fecha diferente. El artículo 1941 ya transcrito, acepta expresamente la modalidad mencionada.

Hay una retroactividad convencional, cuya época se fija respetando el principio de la autonomía de la voluntad.

En el Código alemán se consagra el principio contrario al tradicional: no hay rettoactividad por ministerio de la ley; si las partes nada dicen, la condición no opera retroactivamente, pero las partes pueden declarar una fecha a partir de la cual surtirá sus efectos retroactivos la condición; en ese caso se respetará el pacto expreso en ese sentido.

Difiere nuestro Código actual del alemán, en que para nosotros el silencio de las partes significa retroactividad completa, según se reconoció desde el derecho romano, y el pacto sólo vendrá a modificar los efectos de esa retroactividad para referirla a fecha diferente; en cambio, en el derecho alemán, el silencio de las partes no significa retroactividad, sino al contrario, que la condición surtirá sus efectos hasta que se realice el acontecimiento; si es suspensiva la obligación, nacerá cuando se realice el acontecimiento futuro; si es resolutoria, la obligación se extinguirá sin consecuencia restitutoria. El Art. 1941 de nuestro Código vigente admite la modificación convencional en la retroactividad. En el derecho suizo se sigue el mismo sistema que hemos precisado para el derecho alemán.

Von Thur, ob. cit., t. II, págs. 232 a 235 .

Los artículos 1945, 1947, 1950, 1951 y 1952 regulan algunos efectos relativos al segundo momento que estamos estudiando, es decir, una vez que se cumple la condición.

3o.—*Cuando existe la certeza de que ya la condición no podrá cumplirse.*—Si es suspensiva, la obligación no llegó a nacer; se declara que definitivamente el vínculo obligatorio no tuvo vida jurídica. Si es resolutoria, cuando existe certeza de que no podrá cumplirse, se transforma la obligación condicional en pura y simple, de tal manera que ya los efectos realizados quedan definitivamente consumados, y para lo futuro la obligación seguirá surtiendo sus consecuencias como si fuera pura y simple, puesto que la condición que pudo haberla extinguido, no tendrá verificativo.

4.—*Condiciones imposibles.*—La condición puede ser imposible desde el punto de vista físico o jurídico. Hay imposibilidad física cuando existe un obstáculo insuperable, por virtud de una ley natural, para que se realice el acontecimiento futuro e incierto; hay imposibilidad legal cuando existe un obstáculo insuperable por virtud de una norma de derecho, para que se cumpla dicho acontecimiento.

Basta el concepto de imposibilidad física o legal, para que se comprenda que las obligaciones sujetas a una condición *suspensiva* imposible, deben ser *inexistentes* y las afectadas a una condición *resolutoria* imposible, deben reputarse como si fueran *puras y simples*. Sin embargo, el Código previene que las condiciones imposibles originan la nulidad de la obligación. Desde el Código de 1870 impropiamente se viene hablando de nulidad en los casos de imposibilidad del objeto o de la condición; esto es un resabio de la confusión que hubo en la doctrina clásica respecto de la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos, para los casos de imposibilidad en el objeto.

Sin embargo, el Código vigente, superando al anterior, distingue con pulcritud la inexistencia de la nulidad, a propósito del objeto; pero incurre en el error anterior de técnica por lo que se refiere a las condiciones imposibles.

Dice el artículo 1943: "Las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por la ley o que sean contra las buenas costumbres, anulan la obligación que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta". *Correctamente debe decirse que la condición suspensiva debe originar la inexistencia de la obligación, en tanto que la resolutoria debe tenerse por no puesta.*

5.—*Condiciones ilícitas.*—Las condiciones ilícitas son aquellas contrarias a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Debe aplicarse el mismo concepto de ilicitud que adoptamos, para el objeto en los contratos; hemos dicho que es ilícito el objeto, cuando es contrario a las normas de interés público o a las buenas costumbres, según el artículo 1830: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres". En consecuencia, las condiciones ilícitas sí originan, como dice el artículo 1943, la nulidad de la obligación. Se trata de una nulidad absoluta, excepto que la ley la caracterice como relativa; en relación con este precepto, el artículo 2225 dispone que la ilicitud en el objeto, en el fin o en la *condición* del acto, produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

Luis de Gásperi, ob. cit., v. I, págs. 382 y 383.

6.—*Condiciones potestativas.*—La condición es potestativa cuando depende en parte de la voluntad del obligado y en parte de un hecho ajeno a él, que puede ser casual o de tercero. Se admiten en el derecho las condiciones potestativas, porque si es cierto que en parte la obligación

depende de la voluntad del deudor, no queda el vínculo a su arbitrio. Si así fuere, se violaría el principio general que previene que la validez y el cumplimiento de los contratos no debe dejarse al arbitrio de una de las partes. En cambio, en la condición *puramente potestativa* el acontecimiento futuro e incierto depende exclusivamente de la voluntad del deudor, y lógicamente la existencia o la resolución de la obligación quedará a su arbitrio. Por esto no se admiten en el derecho las condiciones puramente potestativas, que quedan a la libre voluntad del deudor. El Código Civil vigente en su artículo 1944, dice: "Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula".

También se distinguen las condiciones casuales, es decir, aquellas cuya realización se deja exclusivamente al acaso; las mixtas, en las que su cumplimiento se subordina en parte a la voluntad del acreedor o del deudor, y en parte a un hecho ajeno a esa voluntad, que puede ser hecho del hombre o natural. Las condiciones positivas que son aquellas en las que el acontecimiento futuro e incierto consiste en la realización de un hecho natural o del hombre; y las negativas que implican siempre la no realización de un hecho, o una abstención.

Luis de Gásperi, ob. cit., v. I, págs. 380 y 381.
Luis de Gásperi, ob. cit., v. I, pág. 369.

7.—*Del término o plazo.*—En cuanto a los términos, hemos dicho que únicamente afectan la exigibilidad de la obligación, sin trascender a la existencia de la misma, pues desde luego se constituye, tiene vida jurídica y simplemente se aplazan o difieren sus efectos si se trata del término suspensivo, o bien, se da fin a la relación jurídica, si el plazo es extintivo. El término es un acontecimiento futuro, como la condición, pero de realización cierta que simplemente suspende o extingue los efectos de una obligación. Los artículos 1953 a 1956 del Código Civil vigente se refiere al término o plazo.

El término suspensivo es aquel acontecimiento futuro de realización cierta (necesaria), que difiere o aplaza los efectos de una obligación o de un acto jurídico.

El término extintivo es aquel hecho futuro de realización cierta (necesaria), que extingue los efectos de una obligación o de un acto jurídico.

Planiol estudia los efectos del término suspensivo desde tres puntos de vista:

a).—Impide la exigibilidad de la obligación, entre tanto no se realice.

b).—Evita que pueda correr la prescripción negativa de las deudas, pues la misma sólo puede comenzar a contarse a partir del momento en que una obligación sea exigible. "Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contados *desde que una obligación pudo exigirse,* para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento". (Artículo 1159 del Código Civil vigente).

c).—Imposibilita al deudor para hacer el pago, cuando se hubiere estipulado en favor del acreedor.

Planiol, ob. cit., Obligaciones, pág. 247.

En el término extintivo no puede haber efectos retroactivos, en virtud de que la obligación existe, produce todas sus consecuencias como si fuera pura y simple, y su objeto es extinguir la obligación en cierto momento, pero sin afectar las consecuencias ya realizadas.

8.—*Términos expresos y tácitos; convencionales y legales.*—Además de la división fundamental respecto de términos suspensivos y extintivos, se hace también una clasificación de los términos, distinguiendo las siguientes clases: expresos y tácitos, legales y convencionales. Expreso es aquel que se estipula directamente por las partes; tácito el que se deriva de la naturaleza de la obligación. En ciertas prestaciones, sobre todo obligaciones de hacer, existen términos tácitos cuando las partes no fijan uno expreso; por ejemplo, el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación de hacer, según la naturaleza del hecho.

También existe el término convencional, que es el pactado por las partes y el legal, que es el impuesto por la ley.

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 245 y 246.

9.—*Caducidad del término.*—Reglamenta, por último, el Código Civil, la caducidad del plazo. No obstante que éste es una modalidad que afecta la exigibilidad de la obligación, puede caducar, es decir, vencer anticipadamente, en los siguientes casos:

I.—Ante la insolvencia del deudor. En consecuencia, toda quiebra, liquidación judicial o concurso, trae consigo la caducidad del plazo, es decir, el vencimiento anticipado de las obligaciones. Dentro del procedimiento especial de la quiebra, del concurso o de la liquidación, esta exigibilidad quedará supeditada a la graduación de acreedores y al límite en que el activo permita cubrir el pasivo, para definir, según la natura-

leza de los créditos, su carácter preferente o no, y la jerarquía que se determine con respecto al pasivo del deudor, repartiendo su activo entre los distintos acreedores. Sin embargo, el plazo caduca y son exigibles en esa forma y dentro de ese procedimiento, las obligaciones. Dice el artículo 1959, fracción I: "Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: I.—Cuando después de contraída la obligación, resultare insolvente, salvo que garantice la deuda".

II.—Cuando el deudor disminuye las garantías especiales que hubiere otorgado. Se trata en este caso, no de la garantía general que en toda obligación existe en el patrimonio del deudor, para que sus bienes presentes y futuros respondan, sino de la garantía especial que constituyó por medio de fianza, prenda o hipoteca. Si disminuyen esas garantías, el plazo caduca. Dice la fracción III del citado artículo 1959: "Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: III.—Cuando por actos propios hubiesen disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieren, a menos que sean inmediatamente substituidas por otras igualmente seguras". Comprende también esta fracción el caso fortuito que hace desaparecer la garantía constituida; por ejemplo, cuando se da en prenda o hipoteca una cosa, y por caso fortuito se destruye. La deuda, a pesar del plazo señalado, se hace exigible, pero el deudor puede evitar la caducidad constituyendo una nueva garantía.

III.—Cuando no se otorgan las garantías prometidas. Dice la fracción II del artículo que venimos citando: "...II.—Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido". Puede hacerse una promesa de fianza, prenda o hipoteca para garantizar una obligación presente o futura. Para este último caso, una vez que se realiza la obligación, es decir, que de futura se convierte en presente, debe cumplirse la promesa de garantía, y si ésta no se cumple a pesar de que se haya fijado un plazo, caduca éste.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA LA FECHA

10.—*Términos improrrogables, como deben contarse cuando provienen de las notificaciones hechas por medio del Boletín Judicial.*—La disposición del Código de Comercio sobre que los términos improrrogables que consten de varios días comenzarán a correr desde el día de la notificación, que no engendra duda cuando se trata de notificación perso-

nal, sí es dable interpretarlo cuando proviene de las notificaciones hechas por medio del Boletín Judicial, recurriendo a la supletoriedad que autoriza el artículo 1051 de la Ley en consulta; de este modo, como las precitadas notificaciones, de acuerdo con los artículos 123 y 125 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, surten sus efectos el día siguiente de la fecha de esa publicación, el término improrrogable que de ahí derive no corre de la publicación de ese órgano informativo, sino desde el siguiente día hábil, habida cuenta, además, que es entonces cuando de hecho las partes tienen mayor oportunidad de enterarse de los asuntos acordados que motivaron ser publicados por ese medio. Dicha supletoriedad, se estima, no contradice el criterio que informa la tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, titulada "*Leyes Supletorias en Materia Mercantil*" (página 720, Cuarta Parte II, del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación), porque en el Código de Comercio no existen preceptos que regulen en particular las notificaciones "por estratos" a que se refiere el artículo 1069, similares a las notificaciones por medio del Boletín Judicial, y por otra parte, tampoco pugna con otra disposición de la Ley Mercantil que ponga de manifiesto que el legislador no hubiera querido referirse, esencialmente, a las notificaciones de carácter personal, esto es, que son esta clase de notificaciones, en términos generales, las que se encuentran sujetas a la regla a seguir para el cómputo de los términos llamados improrrogables.

Amparo en revisión 359/79.—Algodonera Mercantil Mexicana, S. A.—12 de julio de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Luis Fernández Doblado.—Secretario: Gustavo Sosa Ortiz.

Informe 1979. Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 27. Pág. 204.

CAPITULO III

OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

1.—*Clasificaciones.*—Hemos dicho que las obligaciones complejas son aquellas en las que existe pluralidad de sujetos o de objetos; que en las primeras el vínculo jurídico es más complejo al crear relaciones

entre diversos sujetos activos o pasivos, dando lugar a la mancomunidad o solidaridad en su caso.

El Código Civil vigente ha definido un criterio firme y claro para diferenciar esas distintas formas de las obligaciones atendiendo a la pluralidad de sujetos activos o pasivos, y de esta suerte, en el artículo 1984 se declara: "Cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad". "La simple mancomunidad de deudores o de acreedores, no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros". (Art. 1985).

Respecto a la solidaridad dice el artículo 1987: "Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa, cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida".

De esta manera podemos considerar que el género en las obligaciones complejas por pluralidad de acreedores o de deudores se llama mancomunidad, y que ésta a su vez comprende dos especies: la simple mancomunidad y la solidaridad.

La simple mancomunidad es aquella definida por el artículo 1985, en la que diversos acreedores pueden exigir a prorrata el pago de la prestación a un solo deudor o bien, un solo acreedor puede exigir a prorrata a diversos deudores el pago de una sola obligación. De esta suerte el crédito o la deuda se dividen en tantas partes como acreedores o deudores haya.

Otra de las especies de la mancomunidad en general, es la solidaridad. Esta existe cuando una misma obligación tiene dos o más acreedores, quienes pueden exigir independientemente el pago total al deudor (solidaridad activa), o cuando existiendo dos o más deudores, éstos reportan totalmente la obligación, de manera que el acreedor puede exigir ad libitum el pago a cualquiera de ellos (solidaridad pasiva).

2.—*Simple mancomunidad.*—En la simple mancomunidad existe siempre la división de la deuda y por esto el artículo 1985 dice que: "En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deu-

da o un crédito distintos unos de otros". Es decir, se trata de obligaciones a prorrata o divisibles en el sentido de que la prestación se dividirá en partes iguales cuando no se pacte otra cosa o la ley no disponga lo contrario. (Artículo 1896).

Como consecuencia de la división del crédito o la deuda, en realidad hay una división de las obligaciones.

3.—*Solidaridad.*—En la solidaridad no existe la división respecto al crédito o la deuda, sino que por lo contrario la prestación debe ser íntegramente pagada por el único deudor a cualesquiera de los acreedores (solidaridad activa), o por alguno de los deudores al único acreedor (solidaridad pasiva). Puede darse el caso de pluralidad de deudores y acreedores con solidaridad, en cuya hipótesis cualquier acreedor puede exigir a cualquier deudor el pago total de la obligación (solidaridad mixta, activa y pasiva a la vez).

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 445 y 446.

4.—*Reglas generales de la solidaridad activa y pasiva.*—"La solidaridad no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes" (Artículo 1988).

"La novación, compensación, confusión o remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación". (Artículo 1991).

El pago que se haga por el deudor único, o por alguno de los deudores en las tres formas posibles que hemos indicado (solidaridad activa, pasiva y mixta: cuando haya pluralidad de acreedores y deudores), extingue totalmente la obligación compleja, según lo estatuye el artículo 1990.

Sólo son oponibles por parte del deudor únicamente, o por alguno de los deudores en las diversas formas mencionadas, las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que sean personales del demandado. Este es responsable para con los demás deudores si no hace valer las excepciones que sean comunes a todos (Artículos 1995 y 1996).

La prescripción que ha sido interrumpida en la solidaridad, en favor de uno de los acreedores o en contra de uno de los deudores, aprovecha o perjudica a los demás.

5.—*Reglas propias de la solidaridad activa.*—a).—El pago hecho en favor de uno de los acreedores solidarios extingue totalmente la deuda; b).—El acreedor que recibe el pago queda obligado respecto a los otros acreedores en la parte que a éstos corresponda, a cuyo efecto se hará una división del crédito por partes iguales, salvo convenio en contrario; c).—Cualquier acreedor puede declarar extinguida la deuda haciendo remisión de ella, o liberar parte de la misma mediante la quita, pero será responsable con los demás en las partes que a éstos corresponden, a cuyo efecto se hará la división del crédito; d).—"El deudor de varios acreedores solidarios se libra pagando a cualquiera de éstos, a no ser que haya sido requerido judicialmente por alguno de ellos, en cuyo caso deberá hacer el pago al demandante". (Artículo 1994). e).—Para el caso de muerte de algún acreedor solidario dejando más de un heredero, cada uno de los coherederos sólo podrá exigir o recibir la parte del crédito que le corresponda según su porción hereditaria, a no ser que la obligación sea indivisible. (Artículo 1993).

6.—*Representación legal.*—Los efectos de la solidaridad activa que hemos indicado, se explican en la doctrina francesa considerando que hay una especie de representación legal constituida en favor de todos los acreedores para que cualesquiera de ellos pueda exigir el pago total de la obligación, fungiendo en ese caso como representante de los demás. Por esto el pago que se le haga extingue la deuda, sin perjuicio de la obligación en que incurra el acreedor representante, frente a los acreedores representados.

De la representación legal que existe entre los distintos acreedores solidarios, Planiol desprende las siguientes consecuencias:

1o.—Que cada uno de ellos puede cobrarlo (el crédito) en su totalidad y otorgar recibos al deudor.

2o.—Que si uno de ellos hace incurrir al deudor en mora, los efectos de ésta se producen en provecho de los demás.

3o.—Que los intereses moratorios corren en beneficio de todos los acreedores, aun cuando se causen por acto de uno de ellos.

4o.—Que si uno de ellos interrumpe la prescripción, esta interrupción beneficia a todos (Art. 1199)". (Planiol, ob. cit., Obligaciones, pág. 446).

7.—*Reglas propias de la solidaridad pasiva.*—a).—"El deudor solidario es responsable para con sus coobligados si no hace valer las excepciones que son comunes a todos". (Artículo 1996); b).—Los ca-

sos de imposibilidad en el cumplimiento de la obligación o de perecimiento de la cosa originan la extinción de la deuda, si no existe culpa en ninguno de los deudores solidarios; pero bastará que alguno de ellos hubiese incurrido en culpa para que la responsabilidad se extienda a todos tanto por el valor de la cosa como por el pago de daños y perjuicios; c).—En este caso los no culpables tienen derecho de exigir al negligente, el pago a prorrata que hubiesen efectuado; d).—La muerte de un deudor solidario, dejando varios herederos, origina la división de la deuda entre los mismos en la proporción que les corresponda según su cuota hereditaria, excepto en los casos en que la obligación sea indivisible; sin embargo, para las relaciones de los coherederos con los demás deudores, se les considerará como un solo deudor solidario; e).—"El deudor solidario que paga por entero la deuda, tiene derecho de exigir de los otros codeudores la parte que en ella les corresponda. Salvo convenio en contrario, los deudores solidarios están obligados entre sí por partes iguales. Si la parte que incumbe a un deudor solidario no puede obtenerse de él, el déficit debe ser repartido entre los demás deudores solidarios, aun entre aquellos a quienes el acreedor hubiere libertado de la solidaridad. En la medida que un deudor solidario satisface la deuda, *se subroga en los derechos del acreedor*". (Artículo 1999). f).—La responsabilidad por incumplimiento de la obligación, tanto en lo que se refiere a la indemnización compensatoria cuanto a la indemnización moratoria, es exigible íntegramente a cualesquiera de los deudores solidarios. (Artículo 2002).

"El rasgo característico de la obligación solidaria consiste en que todos los codeudores se obligan a la misma cosa: "eadem res, eadem pecunia" decían los textos antiguos. Esta identidad de objeto no impide que la obligación solidaria forme entre el acreedor y los deudores, varios lazos obligatorios distintos. El acreedor tiene ante sí varios deudores, todos los cuales le deben la misma cosa, pero en cierta forma la obligación de cada uno de ellos es independiente de la de los demás". (Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 447 y 452).

8.—*Características jurídicas de la solidaridad pasiva.*—En la solidaridad en general, aun cuando existan diversos acreedores o deudores, el objeto es único, pero los vínculos jurídicos en realidad son múltiples. Sin embargo, la obligación en sí se considera también como única, aun cuando en la doctrina se discute si hay una pluralidad de obligaciones. Planiol sostiene la tesis de la pluralidad de obligaciones ante la pluralidad de relaciones jurídicas, toda vez que en la solidaridad activa,

diversos vínculos se crean entre el deudor y cada uno de los acreedores, y en cada uno de los deudores. Lo propio ocurre cuando existe la solidaridad mixta, con pluralidad de acreedores y deudores al mismo tiempo. Para otros autores basta la unidad en el objeto, es decir, en la prestación a efecto de estimar que sólo existe una obligación, pues el pago de alguno de los deudores extingue la obligación de los demás y a su vez, el pago a alguno de los acreedores extingue el derecho de los otros. En concepto de Gual Vidal (versión taquigráfica de su cátedra de Obligaciones), en nuestro derecho existe un argumento para sostener que en la solidaridad sólo hay una obligación. En efecto, interpretando a contrario sensu el artículo 1985 resulta que para la simple mancomunidad, el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros; en cambio, en la solidaridad, como no existe tal disposición, ni tampoco puede haber la división de la deuda, se infiere que la unidad de objeto o prestación crea también la unidad en la obligación o relación jurídica.

Creemos que esta tesis se confirma también tomando en cuenta los efectos reconocidos por los artículos 1990 a 1995, supuesto que el pago, novación, compensación, confusión o remisión que se lleven a cabo en relación con cualesquiera de los acreedores o de los deudores, extingue la obligación, y este efecto sólo puede explicarse considerando que ésta es única. Por la misma razón existen excepciones comunes, las cuales deben ser opuestas por cualquier deudor. Esto mismo explica que "cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores o en contra de uno de los deudores, aprovecha o perjudica a los demás". (Artículo 2001). Sólo admitiendo unidad en la relación jurídica, es explicable que la interrupción de la prescripción aproveche o perjudique a acreedores o deudores a la vez. Si se aceptara una pluralidad de obligaciones, lógicamente la interrupción de la prescripción, respecto de un acreedor en la solidaridad activa, no favorecería a los demás, y en la solidaridad pasiva sólo perjudicaría al deudor respecto del cual se hubiese interrumpido la prescripción.

9.—*Características generales de la solidaridad.*—Según la doctrina francesa la solidaridad se caracteriza por tres aspectos: a).—Unidad de objeto. b).—Pluralidad de vínculos y c).—Representación tácita o legal entre los distintos acreedores solidarios o deudores en su caso.

a).—Respecto a la unidad de objeto, la solidaridad se caracteriza debido a que en la activa, cualquier acreedor puede exigir al deudor el

cumplimiento total de la prestación, y en la pasiva, el acreedor puede exigir de alguno de los deudores el pago íntegro.

b).—La pluralidad de vínculos significa que la solidaridad existe, como dice el art. 1140 del Código Civil español "aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones". "Conforme a ese precepto, los distintos sujetos de la obligación solidaria podrán obligarse de distinta manera y hacer depender sus derechos u obligaciones de distintas modalidades; así pudiera suceder que un acreedor solidario hiciera depender la exigibilidad de su derecho del transcurso de un término o del cumplimiento de una condición, en tanto que el derecho del otro pudiera no estar afectado por modalidad alguna que suspenda o impida la exigibilidad de su crédito; de donde cabe aceptar también que el segundo elemento citado, o sea la pluralidad de vínculos, tiene aplicación dentro de los preceptos del Código vigente". (Alberto Blanco, Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil Español, t. I, Habana, 1930).

c).—En cuanto al tercer elemento consistente en la representación tácita entre los distintos acreedores o deudores, ya hemos indicado que en el derecho francés algunos autores aceptan esa tesis. Conforme a nuestro Código Civil vigente es más fundado considerar que no existe propiamente una representación, dado que no todos los efectos entre los coacreedores o codeudores se pueden explicar por ella. Tratándose de la representación tácita, existe un problema legal para fijar los límites en la actuación del representante, cosa que no ocurre en la representación expresa, ya que esos límites los fija el mandante o la ley en su caso. Para el caso de la solidaridad no existe un límite legal absolutamente definido respecto a lo que pueda hacer el coacreedor en representación de los demás o el codeudor en su caso. Para este problema en la doctrina francesa y también en la española se ha considerado que el límite existente en la actuación del representante es el de la utilidad o beneficio común respecto a los representantes, es decir, a los demás acreedores o deudores.

Se debe principalmente a Pothier el haber considerado que el acreedor o deudor solidarios están facultados para realizar aquellos actos que sean útiles a los demás pero no los que les perjudiquen. Planiol expresa una tentativa de reacción atribuida a ciertos actores modernos, en contra del principio de la representación común y tácita a que venimos aludiendo. Dicha tentativa se funda en que el principio enunciado no se encuentra ni en las grandes obras del antiguo derecho, ni en los trabajos preparatorios del Código, y tan sólo radica en la

imaginación de los intérpretes, sin que exista fundamento (Huc., t. VII, Bo. 318). Además, se ha formulado una objeción especial considerando que la representación es contraria a la realidad, al suponer que todos aquellos obligados solidariamente se dan un mandato recíproco, ya que es posible que no hayan tratado al mismo tiempo con el acreedor, y que ni siquiera se conozcan entre sí. Planiol (aunque considera justa la observación) estima que no es necesario sobrentender un mandato, como contrato especial entre los codeudores, sino que puede considerarse *constituida de oficio por la ley la representación de los unos respecto a los otros.*

CAPITULO IV

Obligaciones indivisibles

1.—*Definición.*—Según el artículo 2003 del Código Civil vigente, las obligaciones son indivisibles cuando las prestaciones sólo sean susceptibles de cumplirse por entero, y a contrario sensu, serán divisibles, cuando tengan por objeto prestaciones cuya realización pueda ejecutarse parcialmente. De este concepto se desprende que la indivisibilidad se define en función del objeto y no de los sujetos. De tal manera que puede referirse al caso en que sólo exista un deudor o haya varios, bastando con que la prestación no sea susceptible de cumplirse parcialmente, sino que por su naturaleza deba realizarse por entero.

De acuerdo con lo expuesto, propiamente la indivisibilidad no es una modalidad del elemento subjetivo de la obligación, por requerir pluralidad de sujetos activos o pasivos, sino que lo es del objeto en la relación jurídica, al requerir que la prestación por su naturaleza sea de aquellas que sólo pueda realizarse o cumplirse en forma integral, siendo imposible o inútil su ejecución parcial.

Sin embargo, como los problemas principales de la indivisibilidad se refieren al caso en que haya pluralidad de sujetos activos o pasivos, pues cuando existe un solo deudor o acreedor, propiamente no hay más modalidad que la ejecución total de la prestación, es conveniente tratar este tema como cuestión intermedia entre la pluralidad de sujetos y de objetos.

Dado el concepto expuesto, con toda propiedad el Código vigente declara que la solidaridad estipulada no hace indivisible a la obligación, ni la indivisibilidad le da el carácter de solidaria.

José Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, págs. 491 y 492.

2.—*Indivisibilidad y divisibilidad en relación con la unidad o pluralidad de sujetos.*—Cuando la obligación es indivisible y existe sólo un acreedor y un deudor, hemos dicho que la prestación debe ejecutarse necesariamente, por su naturaleza, en forma integral. Por lo demás, esto es independiente de la exactitud en la forma o modo de cumplir las obligaciones, que no admiten pagos parciales, sino que deben solventarse por entero, pues en el caso de que la prestación sea indivisible, aunque el acreedor quisiera admitir un pago parcial, la naturaleza misma de la prestación impediría que se hiciera la división.

Cuando la obligación indivisible tiene más de un acreedor o más de un deudor, se sujetará a las reglas contenidas en los artículos 2006 a 2010 del Código vigente, que estudiaremos a continuación.

Cuando la obligación es divisible y tiene varios acreedores o deudores, se sujeta a las reglas de la simple mancomunidad, salvo que por la ley o por voluntad de las partes resulte la solidaridad. En este sentido se aplica el artículo 1985 a efecto de que el crédito o la deuda se divida en tantas partes como acreedores o deudores haya y cada parte constituirá un crédito o una deuda distintos unos de otros.

3.—*Indivisibilidad con pluralidad de sujetos.*—En este caso debe distinguirse: a).—La indivisibilidad con pluralidad de deudores y b).—La indivisibilidad con pluralidad de acreedores.

a).—En la primera forma todos los deudores de la obligación indivisible están obligados por la totalidad de la prestación, aun cuando no se haya estipulado solidaridad, pues la ley impone esa modalidad ante la naturaleza especial de la prestación.

Si muere un deudor de prestación indivisible, sus herederos están obligados respecto de la totalidad de la prestación, aun cuando existan otros deudores además del difunto.

"El heredero del deudor, apremiado por la totalidad de la obligación, puede pedir un término para hacer concurrir a sus coherederos, siempre que la deuda no sea de tal naturaleza que sólo pueda satisfacerse por el heredero demandado, el cual entonces puede ser condenado,

dejando a salvo sus derechos de indemnización contra sus coherederos". (Artículo 2009).

b).—En la segunda forma, o sea, cuando existe indivisibilidad con pluralidad de acreedores, el Código Civil vigente tiene las siguientes reglas: "Cada uno de los herederos del acreedor puede exigir la completa ejecución indivisible, obligándose a dar suficiente garantía para la indemnización de los demás coherederos, pero no puede por sí solo perdonar el débito total, ni recibir el valor en lugar de la cosa. Si uno de los herederos ha perdonado la deuda o recibido el valor de la cosa, el coheredero no puede pedir la cosa indivisible sino devolviendo la porción del heredero que haya perdonado o que haya recibido el valor". (Artículo 2007).

"Sólo por el consentimiento de todos los acreedores puede remitirse la obligación indivisible o hacerse una quita de ella". (Artículo 2008).

José Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, pág. 490.

"Comparación entre la indivisibilidad y la solidaridad.—Semejanzas en sus efectos.—Las dos se parecen en su efecto principal consistente en impedir la división de la obligación. Cada deudor está obligado por el total, en vez de estarlo simplemente por una parte; pero en otros puntos las separan diferencias muy numerosas.

Diferencias de causa.—Su causa no es la misma. La solidaridad es una especie de garantía para el acreedor (alterna fidejussio) sea que la estipule él mismo o que la ley se la conceda de oficio. La indivisibilidad simplemente es un obstáculo natural que impide la división de la deuda, pero que surge de hecho y que no tiene fin. De esto resulta que la solidaridad siempre es arbitraria, y que se deriva de la voluntad de las partes o de la ley, en tanto que la indivisibilidad se funda en la naturaleza de las cosas. La indivisibilidad llamada "accidental" o "convencional" no debería existir; está destinada a completar los insuficientes efectos de la solidaridad; si ésta impidiese la división de la deuda entre los herederos del deudor primitivo, no tendría ya razón de ser la indivisibilidad". (Planiol, ob. cit., Obligaciones, pág. 485).

4.—*Las obligaciones indivisibles en la doctrina.*—"La teoría de las obligaciones indivisibles ha adquirido después del siglo XVI una gran reputación de oscuridad. Dumoulin ha escrito sobre ella todo un tra-

tado que intituló Extricatio labyrinthi dividui et individui..." (Planiol, ob. cit., pág. 246). En el Código Civil vigente, según hemos visto, se ha simplificado la materia, para evitar ese laberinto y la serie de problemas complicados que se presentan a propósito de las obligaciones indivisibles.

Para Planiol, sólo hay una especie de indivisibilidad, tal como lo acepta Dumoulin: "Contra communem et adhuc usque omnium sententiam...individuitas stricte una est". La razón conforme a Dumoulin consiste en que la indivisibilidad deriva de la imposibilidad en el deudor de ejecutar parcialmente la prestación. De lo contrario la obligación sería divisible. Por consiguiente, sólo hay una especie, y ésta la impone la naturaleza misma de la prestación ante la imposibilidad de la ejecución parcial.

Combinando Planiol las ideas de Doumolin con las de Alciat, considera que la indivisibilidad deriva tanto de la naturaleza del objeto, como de la intención de las partes y distingue la indivisibilidad real o natural por una parte, y por otra la indivisibilidad convencional.

5.—*Indivisibilidad natural.* — Siguiendo a Dumoulin, distingue el autor citado dos formas en la indivisibilidad natural: una absoluta "semper et omni respectu individua" "absolute omnique respectu"; la otra forma se denomina relativa: "ut res debita est".

En la indivisibilidad absoluta el objeto de la obligación es indivisible desde todos los puntos de vista, de tal manera que jamás podrá cumplirse en forma parcial la prestación, "ubi impossible est dationem aut factum, vel momenta temporis, scindi inpartes". (Doumolin, citado por Planiol, ob. cit., t. II, págs. 210 y s.).

Existe la indivisibilidad relativa, cuando las cosas consideradas en su forma natural, son indivisibles, pero existe la posibilidad de que se ejecuten sucesivamente y por partes.

En el artículo 1217 del Código Napoleón se define la indivisibilidad absoluta considerando que la obligación tiene por objeto una cosa o un hecho que no son susceptibles ni de división material, ni de división intelectual. En el artículo 1218 se define la indivisibilidad relativa: "La obligación es indivisible, aunque la cosa o el hecho que constituya su objeto sea divisible por su naturaleza, si la relación bajo la cual es considerada en la obligación no la hace susceptible de ejecución parcial".

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 480 y 481.

6.—*Indivisibilidad convencional.*—La indivisibilidad convencional existe cuando la cosa objeto de la obligación es divisible en todos sentidos, pero las partes han estipulado que la prestación sea ejecutada como si fuese indivisible. Dumoulin dice: "Quando obligatio de se suique natura dividua est, sed...est...contracta cum certa circunstantia individua... (III, 59)", según cita de Planiol.

Planiol, ob. cit., Obligaciones, págs. 479 y 480.

CAPITULO V

Obligaciones Alternativas, Facultativas y Conjuntivas

1.—*Obligaciones alternativas.*—"La obligación alternativa es aquella cuyo objeto consiste en dos o más prestaciones debidas, en forma tal, que el deudor se libera totalmente cumpliendo una de ellas". (Planiol, ob. cit., Obligaciones, pág. 437).

En principio la elección corresponde al deudor, a no ser que expresamente se haya estipulado lo contrario, según lo estatuye el artículo 1963 del Código Civil vigente.

"En las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor, si no se ha pactado otra cosa".

"La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada".

"El deudor perderá el derecho de elección cuando, de las prestaciones a que alternativamente estuviere obligado, sólo una fuere realizable". (Artículos 1963 a 1965 del Código Civil vigente).

Luis de Gásperi, ob. cit., v. II, pág. 310.

En el artículo 1692 se da un concepto semejante a la definición de Planiol anteriormente transcrita. "Si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas; mas no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho".

"La ley trata con verdadero lujo de detalles la cuestión de los riesgos en las obligaciones alternativas (arts. 1193 a 1195). Véanse estos artículos que están desprovistos de utilidad práctica; podrían su-

primirse sin ningún inconveniente". (Planiol, ob. cit., Obligaciones, pág. 439).

Es aplicable a nuestro derecho el comentario que hace Planiol respecto al problema de los riesgos en las obligaciones alternativas, pues efectivamente también en nuestro Código Civil vigente los artículos 1966 y 1977, reglamentan las distintas cuestiones que pueden presentarse para el caso de pérdida de una de las dos cosas o de ambas, tanto en la hipótesis del caso fortuito, como de culpa del acreedor o del deudor. En esta materia estimamos que nuestro legislador ha tratado con mayor detalle que el Código francés los distintos casos que pueden presentarse y a que alude Planiol.

Podemos comprender esas distintas reglas en los siguientes principios fundamentales:

a).—Cuando las dos cosas objeto de una obligación alternativa se pierden por caso fortuito, el deudor queda libre de la obligación. (Art. 1968).

b).—Si una de las cosas se pierde por caso fortuito y la otra por culpa del deudor, éste debe pagar el precio de la última que se perdió. (Art. 1967).

c).—Si una cosa se pierde sin culpa del deudor, el acreedor está obligado a recibir la que haya quedado. (Art. 1970).

d).—"Si ambas cosas se perdieren por culpa del deudor, podrá el acreedor exigir el valor de cualquiera de ellas, con los daños y perjuicios, o la rescisión del contrato". (Art. 1971).

e).—Cuando las cosas se perdieren sin culpa del deudor, estando hecha la elección, *la pérdida será por cuenta del acreedor;* si la elección no se hubiere hecho, quedará el contrato sin efecto. (Art. 1972).

f).—Cuando se pierdan las cosas por culpa del acreedor siendo de éste la elección, quedará a su arbitrio devolver el precio que quiera respecto a alguna de ellas; si la elección corresponde al deudor, éste designará la cosa cuyo precio debe pagar. (Arts. 1975 y 1976).

En los casos en que la obligación alternativa recaiga sobre una cosa o un hecho, y el obligado se rehusare a cumplir entregando la cosa o ejecutando el hecho, si la elección es del acreedor, éste podrá exigir cualesquiera de esas prestaciones; pero si dicha elección corresponde al deudor, éste cumple entregando la cosa. Cuando la cosa se pierda por culpa del deudor, correspondiendo la elección al acreedor, éste podrá exigir su precio, la ejecución del hecho o la rescisión del contrato; pero si la pérdida ocurre sin culpa del deudor, el acreedor estará obligado a recibir la prestación del hecho. Lo mismo se observará cuando

la elección es del deudor, aun cuando haya habido culpa de su parte en la pérdida de la cosa. "Si la cosa se pierde o el hecho deja de prestarse por culpa del acreedor, se tiene por cumplida la obligación". (Art. 1982).

Luis de Gásperi, ob. cit., v. II, págs. 314 a la 316.

2.—*Obligaciones facultativas.*—"La obligación es facultativa cuando el deudor debe una prestación única, pero con facultad de liberarse cumpliendo otra prestación determinada, en lugar de la debida". (Planiol, ob. cit., Obligaciones, pág. 439).

"La obligación facultativa en realidad sólo tiene un objeto. Lo que puede pagarse en lugar del objeto debido es únicamente un medio de liberación, y no el cumplimiento de la obligación. Los romanos decían que esta cosa no se encontraba "in obligatione", sino solamente "in facultate solutionis". De aquí Delvincourt tomó la expresión de "obligación facultativa" cómoda para designar esta clase de obligaciones. Por el contrario, todos los objetos comprendidos en la obligación alternativa son igualmente debidos; todos están, como decían los antiguos "in obligatione"; pero cada uno figura en ella a condición de ser elegido al cumplirse la obligación". (Planiol, ob. cit., Obligaciones, pág. 439).

El citado autor señala como diferencia entre las obligaciones facultativas y las alternativas las siguientes: a).—El carácter mueble o inmueble del crédito se determina en la obligación alternativa por naturaleza de la prestación que será ejecutada y en la facultativa, por la naturaleza de la prestación que le sirve verdaderamente de objeto, sin preocuparse de la otra cosa que sólo está "in facultate solutionis". En nuestro derecho esta distinción no es aplicable porque todo crédito u obligación es bien mueble de acuerdo con el artículo 759 en relación con el 750 del Código Civil. Es decir, son bienes muebles todos los que no son considerados como inmuebles por la ley, y ésta no clasifica a los créditos dentro de la categoría de inmuebles, razón por la cual siempre serán muebles, cualquiera que sea la naturaleza del objeto sobre el cual recaigan; b).—En los casos de demanda en la obligación alternativa, el acreedor debe exigir una u otra de las cosas debidas, a fin de dejar la elección al deudor, a no ser que a él le corresponda elegir. En cambio, en la obligación facultativa, sólo puede exigir la cosa debida.

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 43.

3.—*Obligaciones conjuntivas.*—Las obligaciones conjuntivas son aquellas llamadas también complejas por comprender varias prestaciones conjuntamente, de tal manera que el deudor queda obligado a ejecutar diversas cosas o hechos, en tal forma y manera que sólo se libera dando todas las cosas o prestando todos los hechos. El artículo 1961 de nuestro Código Civil vigente dice: "El que se ha obligado a diversas cosas o hechos conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos".

Hasta ahora, en las obligaciones alternativas y facultativas la característica esencial ha consistido en que en definitiva el deudor sólo ejecuta una prestación, con las diferencias que hemos apuntado según que la obligación sea alternativa o facultativa. En cambio, por primera vez nos encontramos ante un caso de obligación, en el cual el deudor sólo puede liberarse ejecutando conjuntamente todas las prestaciones de dar o de hacer a que se hubiere obligado, es decir, dando todas las cosas o prestando todos los hechos, en virtud de que el vínculo jurídico comprende para la satisfacción completa del acreedor la realización de diversas prestaciones. La obligación conjunta puede comprender al mismo tiempo obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Puede darse el caso de que la obligación se refiera a diversas prestaciones de dar únicamente, o en su caso, de hacer o de no hacer. También es posible, que el mismo vínculo jurídico comprenda conjuntamente obligaciones de dar, hacer y no hacer y que cada una de esas prestaciones o abstenciones pueda ser única o múltiple.

4.—*Obligaciones complejas en materia de contratos.*—Generalmente los contratos engendran obligaciones complejas, en virtud de que el deudor por virtud del contrato mismo, reporta diversas obligaciones de dar, hacer o no hacer que debe ejecutar conjuntamente para cumplir en todas sus partes con la operación que ha celebrado. Por ejemplo, el contrato de compraventa impone al vendedor diversas obligaciones: transmitir el dominio de la cosa, entregar ésta, garantizar una posesión pacífica (respondiendo de los actos jurídicos de tercero anteriores al contrato que perturben dicha posesión) y útil (respondiendo de los vicios o defectos ocultos de la cosa); asimismo, debe conservar la cosa, respondiendo de los daños y perjuicios que se causen por su culpa y del saneamiento para el caso de evicción. En esta serie de obligaciones de dar y hacer, unas son necesarias en el sentido que se presentan como consecuencias indefectibles del contrato: transmitir el dominio de la cosa y entregar ésta; otras son contingentes, por cuanto que dependen

de hechos que pueden realizarse o no realizarse: garantizar la posesión útil y pacífica y responder de la evicción.

En la mayoría de los contratos encontramos por consiguiente que la relación jurídica fundamental, como la denomina Savigny, encierra un conjunto de prestaciones de dar o hacer, o de abstenciones, de tal manera que las obligaciones nacidas de los mismos se caracterizan como conjuntos o complejas, aun cuando cada una de esas obligaciones en realidad sólo tiene una prestación única. Sin embargo, contemplando el contrato y la relación jurídica fundamental en su complejidad misma, en realidad podemos decir que se trata de un vínculo jurídico con diversas prestaciones de dar, hacer o no hacer.

Ruggiero distingue la prestación simple y la compleja, en los siguientes términos:

> Simple o compleja, según que se trate de una sola prestación o de varias ligadas por un solo nexo que reduciéndolas a unidad determina el que la obligación no puede considerarse cumplida sino cuando hayan sido realizadas todas las prestaciones... La obligación con prestación compleja se distingue de la obligación con prestaciones cumulativas u obligaciones simplemente conjuntas. Ya sea que varias prestaciones de carácter diverso constituyan el objeto de una obligación o que una sola prestación tenga varios objetos, cuando entre las varias prestaciones o entre los distintos objetos no se dé aquel nexo que da carácter unitario a la obligación, más bien que frente a una sola obligación nos hallamos en presencia de varias, cada una de las cuales tiene por objeto una prestación específica. Se puede decir con Ulpiano que hay tantas obligaciones cuantos son los objetos, y de esto debe concluirse que como la solutio se divide en una serie de solutiones pudiendo efectuarse éstas por el deudor separadamente, la suerte de cada obligación es independiente de la de las demás". (Ob. cit., v. II, págs. 33 y 34).

INDICE

PRIMERA PARTE

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

CAPITULO I

La Obligación 3-19

CAPITULO II

De las Obligaciones Naturales 19-36

CAPITULO III

Acción, Embargo y Ejecución Forzada 36-45

CAPITULO IV

Clasificación de las Fuentes de las Obligaciones 45-49

SEGUNDA PARTE

SUPUESTOS Y CONSECUENCIAS DE CREACION DE LAS OBLIGACIONES

(Fuentes de las Obligaciones)

TITULO I

EL CONTRATO COMO ACTO JURIDICO CREADOR DE OBLIGACIONES

CAPITULO I

El Consentimiento como Elemento Esencial del Contrato 50-60

CAPITULO II

El Objeto como Elemento Esencial del Contrato 60-72

CAPITULO III

La Causa en los Contratos 72-90

CAPITULO IV

La Forma como Elemento de Validez de los Contratos 90-110

CAPITULO V

La Lesión en los Contratos 110-126

CAPITULO VI

La Capacidad y la Representación 126-136

CAPITULO VII

Los Vicios del Consentimiento 137-139

TITULO II

EL CONTRATO COMO NORMA JURIDICA

CAPITULO I

Los Ambitos del Contrato como Norma Jurídica 140-157

CAPITULO II

Problemas Relacionados con el Ambito Personal de los Contratos . . 157-168

CAPITULO III

Otros Problemas Relacionados con el Contrato 168-197

TEORIA GENERAL DE LAS FUENTES EXTRACONTRACTUALES

TITULO I

LA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

CAPITULO I

Los Problemas que Plantea la Declaración Unilateral de Voluntad como Fuente de Obligaciones 198-208

CAPITULO II

Formas Nominadas de Declaración Unilateral de Voluntad . . . 208-222

CAPITULO III

Formas Innominadas de Declaración Unilateral de Voluntad . . . 222-231

TITULO II

EL TESTAMENTO Y LA SENTENCIA COMO FUENTES DE OBLIGACIONES

CAPITULO I

El Testamento como Fuente de Obligaciones 232-239

CAPITULO II

La Sentencia como Fuente de Obligaciones 239-250

TITULO III

HECHOS JURIDICOS QUE SON FUENTES DE OBLIGACIONES

CAPITULO I

La Gestión de Negocios 251-261

CAPITULO II

El Enriquecimiento sin Causa 261-274

CAPITULO III

De la Responsabilidad Objetiva 274-288

CAPITULO IV

De los Hechos en Sentido Estricto (Delitos y Cuasidelitos) . . . 289-298

CAPITULO V

Elementos de la Responsabilidad Civil 298-322

CAPITULO VI

El Abuso del Derecho 322-333

TERCERA PARTE

SUPUESTOS Y CONSECUENCIAS DEL CUMPLIMIENTO Y DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

TITULO I

SUPUESTOS Y CONSECUENCIAS RELATIVOS AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

CAPITULO I

Del Pago 334-352

CAPITULO II

Ofrecimiento de Pago y Consignación 352-357

TITULO II

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPITULO I

Incumplimiento de las Obligaciones 357-381

CAPITULO II

Teoría sobre la Imposibilidad en el Cumplimiento de las Obligaciones (Caso Fortuito, Fuerza Mayor y Teoría de los Riesgos) . . . 381-407

CAPITULO III

De la Evicción y Vicios Ocultos 407-419

TITULO III

INSTITUCIONES PROTECTORAS DEL ACREEDOR
(Incumplimiento de las Obligaciones en Relación con Terceros)

CAPITULO I

Acción Pauliana. Actos en Fraude de Acreedores 421-432

CAPITULO II

El Derecho de Retención 432-439

CAPITULO III

Acción Oblicua 439-445

CAPITULO IV

Simulación de los Actos Jurídicos 445-459

CUARTA PARTE

TRASMISION DE LAS OBLIGACIONES

CAPITULO I

Cesión de Derechos 460-470

CAPITULO II

Cesión de Deudas 470-479

CAPITULO III

Subrogación 479-485

QUINTA PARTE

EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES

CAPITULO I

Novación 487-492

CAPITULO II

Dación en Pago 492-495

CAPITULO III

Compensación 495-502

CAPITULO IV

Confusión 502-505

CAPITULO V

Remisión 505-506

CAPITULO VI

Delegación 507-508

SEXTA PARTE

MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES

CAPITULO I

Modalidades de las Obligaciones 509-510

CAPITULO II

Condiciones y Términos 510-519

CAPITULO III

Obligaciones Mancomunadas y Solidarias 519-526

CAPITULO IV

Obligaciones Indivisibles 526-530

CAPITULO V

Obligaciones Alternativas, Facultativas y Conjuntivas 530-534

Se terminó de imprimir esta obra
el día 21 de agosto de 1998 en los talleres de

IMPRESORES ALDINA, S. A.
Obrero Mundial, 201 – 03100 México, D. F.

ISBN 970-07-1444-6